

# DIE WIDERRECHTLICHKEIT ALS SCHADENSERSATZ-GRUND

DIE

# WIDERRECHTLICHKEIT

ALS

## SCHADENSERSATZ-GRUND

NACH

schweizerischem Obligationenrechte
und dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches
für das deutsche Reich

UNTER

**Berücksichtigung des rœmischen Rechts**

VON

FRANZ RENSING



FREIBURG (SCHWEIZ)
Buchdruckerei und Buchhandlung des Werkes vom heiligen Paulus
259, Murtengasse, 259

1892

*Veröffentlicht als Beilage zum* Index lectionum *der Universität Freiburg i. d. Schweiz für das Wintersemester 1892/93*

## § 1.

## Die allgemeine Bedeutung der Widerrechtlichkeit.

So verschieden auch die Ansichten sind über das, was unter « Recht » zu verstehen sei, Einigkeit herrscht darüber, dass das Wohl der Gesammtheit und in diesem der Friede des Einzelnen, oder wie Ihering es formuliert [1] hat, das Bestehen und die Wohlfahrt der Gesellschaft, den Zweck der Rechtsordnung bilden. Aus diesem Zwecke folgt, dass es Aufgabe der Rechtsordnung ist, nicht bloss diejenigen Bestimmungen zu treffen, welche die zweckdienliche Ordnung aufstellen, sondern auch die Bekämpfung der Unordnung, « der Widerrechtlichkeit », zu übernehmen.

Das römische Privatrecht hat nun diese Aufgabe nicht dadurch zu lösen versucht, dass es dem verletzten Rechtsgenossen einen privatrechtlichen Schutz gegen jede Widerrechtlichkeit gewährte; es hat sich vielmehr darauf beschränkt einzelne besondere Schutzmittel gegen bestimmte Widerrechtlichkeiten zu formulieren. Trotzdem ist aber die allgemeine Bedeutung dieser Schutzmittel (actiones) von demselben nicht verkannt worden. Die « actiones » nehmen nämlich einen hervorragenden Platz im römischen Rechtssystem ein; sie haben sogar für die Einteilung des gesammten Rechtsstoffes die dritte Hauptmasse abgegeben nach dem Satze : « Omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res vel ad actiones [2] ».

[1] Der Zweck im Recht, Bd. II, 2. Auflage, S. 156 ff.
[2] § 12 J. I, 2, l 1 D. de statu 1,5.

Bei Ausführung dieser Einteilung ist aber in den Institutionen und den Digesten der allgemeinen Ordnung, den allgemeinen Lehren von der Persönlichkeit (persona), deren Erwerb und Verlust einerseits, von den Rechtsobjekten (res), deren Erwerb und Verlust andererseits ein verhältnismässig sehr enger Platz eingeräumt gegenüber der breiten Masse der « actiones ». Diese sind begrifflich doppelter Art: entweder sie sind Ausfluss bestimmter Arten von Berechtigungen, von Rechten im subjektiven Sinne: die Rechtsordnung gewährt Schutz diesen Arten von Rechten mittelst Klage aus dem verletzten Rechte; oder aber sie sind Ausfluss bestimmter Arten von Widerrechtlichkeiten: die Rechtsordnung gewährt Schutz gegen diese Arten von Widerrechtlichkeiten mittelst Klage aus der verbotenen Rechtsverletzung, dem Delikte. Dieses System der « actiones » ist nicht die natürliche Folge des dem römischen Privatrechte eigenen Geistes, sondern durch die historische Entwickelung des Prozessrechtes in dasselbe hineingetragen. Prozessualische Bestimmungen, die Herrschaft des Prozesses über das materielle Recht, des Prätors über das Gesetz haben es geschaffen und fortgebildet. Dies zeigt sich auch dann noch, als Prätor und Prozess ihre Macht längst verloren haben; die römischen Juristen dieser Zeit legen bei Erörterung der einzelnen « actiones » noch die Ordnung des prätorischen Edikts zu Grunde. Einigen Einfluss auf diese Entwickelung hat auch die Vermischung von Privatrecht und Strafrecht bei den Römern, sowie die unverhältnismässig mangelhafte Fortbildung des römischen Strafrechts ausgeübt.

Dazu kommt, dass die gesammten « actiones » verschiedene Arten von Widerrechtlichkeiten ohne inneren Grund unbekämpft lassen. Beide Arten von « actiones » ergänzen sich nicht vollständig. Zum Teil erklärt sich dies allerdings aus der Sprödigkeit, mit welcher das ältere Recht die Delikte behandelte. Dasselbe ging hier mehr wie irgendwo anders, von der von Ihering[1] sogenannten « ma-

[1] Geist des römischen Rechts, IV. Auflage, Bd. II, Abt. II, § 43, S. 424 ff.

terialistischen » Anschauungsweise aus. Das Gewicht wurde gelegt allein auf die äussere Erscheinungsform der That, nicht auf das innere Moment, den Gedanken. Der rein äusserliche, an sich nichtssagende Umstand, ob der Dieb bei der That ertappt wird oder nicht (fur manifestum und nec manifestum), ob das fremde Thier durch Schläge oder durch Einsperren (Verhungern-lassen) getödtet wird (damnum corpore corpori datum), ist prinzipiell von der grössten Bedeutung. Die spätere römische Jurisprudenz hat sich nun zwar bemüht, diesem Mangel nach Kräften abzuhelfen. Aber man blieb in dem historisch überlieferten Rahmen und suchte durch Verfeinerung der einzelnen Begriffsmerkmale dem Uebel abzuhelfen. Infolge dessen ist das römische Recht in dem Gebiete der Delikte « Stückarbeit » geblieben, mögen die einzelnen Stücke auch wahre Kabinetsstücke sein, wie dieses z. B. in den Lehren vom Dolus (Arglist) und vom « Damnum injuria datum » (der Sachbeschädigung) unleugbar der Fall ist. Die gemeinrechtliche Praxis hat sich vergebens bemüht, durch Weiterbildung der römischrechtlichen Bestimmungen über Dolus und Damnum injuria datum zu einem einheitlichen Prinzipe zu gelangen. Die Theorie hat die Praxis stets wieder in die alten Schranken zurückgewiesen.

Die heutige Theorie verwirft zwar die Einteilung nach den römischen Gesichtspunkten : personae, res, actiones fast allgemein. Dagegen gilt das römische Aktionensystem nicht als ein zufälliges historisches Gebilde, sondern als eine grundsätzlich nötige oder doch wenigstens sehr « zutreffende » Gliederung [1]. Dem entspricht es, dass das römische Aktionensystem in die neueren Gesetzbücher übergegangen ist.

Insbesondere hat dasselbe Aufnahme gefunden in dem schweizerischen Bundesgesetze über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881, und in dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, erste Lesung, ausgearbeitet durch die von dem Bundesrathe berufene Commission.

[1] So *Degenkolb,* Der specifische Inhalt des Schadensersatzes in Bd. 76, S. 1 ff, insbesondere auch S. 28. Anm. 44 des Archives für die civilistische Praxis.

Demgemäss behandelt das schweizerische Obligationenrecht die Widerrechtlichkeit in seinem Systeme an doppelter Stelle, zunächst in der Lehre von der « Entstehung der Obligationen » unter « Unerlaubte Handlungen » (I. Titel, II. Kapitel, Artikel 50—69), dann in der Lehre von der « Wirkung der Obligationen » unter « Folgen der Nichterfüllung » (II. Titel, II. Kapitel, Artikel 110—125). Im ersteren Kapitel ist die Rede von denjenigen Widerrechtlichkeiten, welche das Recht als solche bekämpft, von den Klagen, den Obligationen, aus den Delikten; im letzteren Kapitel dagegen von solchen Widerrechtlichkeiten, gegen welche der Schutz wegen des verletzten Rechtes gegeben ist, von den Klagen aus der widerrechtlich verletzten Obligation. Man darf wohl annehmen, dass das schweizerische Obligationenrecht diese Auseinanderreissung beibehalten hat, weil die herrschende Theorie dieselbe billigt. Eine Vergleichung der beiden fraglichen Kapitel legt sogar die Vermutung nahe, dass der Gesetzgeber sich der Einheitlichkeit der grundlegenden Begriffe nicht völlig bewusst geworden ist. So geht z. B. bezüglich des persönlichen Moments das Kapitel über unerlaubte Handlungen grundsätzlich von dem Begriffe « böse Absicht und Fahrlässigkeit » aus, das Kapitel von den Folgen der Nichterfüllung dagegen von dem Begriffe « Verschulden ». Beide Begriffe decken sich aber völlig (Vergl. Art. 51). Für die nicht juristisch gebildeten Richter, deren es im Gebiete des schweizerischen Obligationenrechts eine grosse Zahl giebt, war ein solches Verfahren jedenfalls nicht zu empfehlen.

In ähnlicher Weise verfährt der deutsche Entwurf. Er behandelt das Obligationenrecht im zweiten Buche, « Recht der Schuldverhältnisse ». Hier sind zunächst im zweiten Titel des ersten Abschnitts der Inhalt der Schuldverhältnisse (§ 224—262, vergl. auch § 218—223), die Klagen aus der widerrechtlich verletzten Obligation behandelt, sodann im ersten und zweiten Titel des ersten Abschnitts die Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen, die Klagen aus dem Delikte. Es ist daher nicht einmal für das Gebiet des Obligationenrechts eine einheitliche

Betrachtung des Begriffes der Widerrechtlichkeit möglich. Demgemäss beschränkt sich die folgende Darstellung auf eine Art der Widerrechtlichkeit, und zwar auf diejenige, welche als solche den Schadensersatz, die Obligation auf Schadensersatz, zur Entstehung bringt, auf die actio, obligatio ex delicto.

## § 2.

## Die Widerrechtlichkeit im Delikte.

Das römische Recht kennt, wie in § 1 hervorgehoben, nur einzelne bestimmte Delikts-Obligationen; es fehlt ein verbindendes Prinzip.

Dagegen haben sowohl das schweizerische Obligationenrecht wie der deutsche Entwurf den allgemeinen Satz aufgestellt, dass jede Widerrechtlichkeit an und für sich geeignet sei, eine Obligation auf Ersatz des zugefügten Schadens, eine Deliktsobligation entstehen zu lassen.

Durch diesen Satz ist die Widerrechtlichkeit als solche zum allgemeinen Entstehungsgrunde der Deliktsobligation, der Schadensersatzpflicht erhoben. Nach beiden Gesetzbüchern [1] gilt auch als Regel, dass ohne eine Widerrechtlichkeit eine Schadensersatzpflicht nicht hervorgerufen wird.

Beide Gesetzbücher haben aber eine andere Formulirung des grundlegenden Satzes beliebt.

Das schweizerische Obligationenrecht sagt nämlich in Artikel 50:

[1] Es ist der Einfachheit des Ausdrucks wegen der deutsche Entwurf schlechthin als (« entworfenes ») Gesetzbuch bezeichnet.

> Wer einem anderen *widerrechtlich* Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es mit Fahrlässigkeit, wird demselben zum Ersatz verpflichtet,

während der deutsche Entwurf sich in § 704 folgender Massen ausdrückt:

> Hat Jemand durch eine aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit begangene *widerrechtliche* Handlung, Thun oder Unterlassen, einem andern einen Schaden zugefügt, dessen Entstehung er vorausgesehen hat oder voraussehen musste, so ist er dem Anderen zum Ersatze des durch die Handlung verursachten Schadens verpflichtet, ohne Unterschied, ob der Umfang des Schadens vorauszusehen war oder nicht. Hat Jemand aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung das Recht eines Anderen verletzt, so ist er den durch die Rechtsverletzung dem Anderen verursachten Schaden diesem zu ersetzen verpflichtet, auch wenn die Entstehung eines Schadens nicht vorauszusehen war. Als Verletzung eines Rechtes im Sinne der vorstehenden Vorschrift, ist auch die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit, der Ehre anzusehen.

Auffallend erscheint bei dieser Gegenüberstellung die Umständlichkeit und Schwerfälligkeit des deutschen Entwurfs gegenüber dem schweizerischen Obligationenrechte. Die Worte des letzteren sind jedem verständlich, die entsprechenden Satzgebilde des § 704 wohl nur dem Juristen. Aber auch für diesen bedarf es besonderer Anstrengung, um die subtilen Unterscheidungen des § 704 richtig zu erfassen. Mit Recht ist daher auf § 704 als einen eclatanten Fall für die breitspurige, akademische Erörterungsweise des Entwurfs hingewiesen und demselben die kurze prägnante Form des Artikels 50 des schweizerischen Obligationenrechts als nachahmenswertes Beispiel vorgehalten worden [1].

[1] *Marcusen,* Die vergleichende Darstellung des schweizerischen Obligationenrechts und des Rechts der Schuldverhältnisse im Entwurfe, in Bd. 26 der Zeitschrift des bernischen Juristen-Vereins, Heft 6.

Ohne schon hier auf den Inhalt des Artikels 50 beziehentlich des § 704 im einzelnen näher einzugehen, sei darauf hingewiesen, dass durch beide Bestimmungen die wesentlichen Mängel der römischen Deliktslehre beseitigt sind. Jede Widerrechtlichkeit findet in dem Rahmen derselben ihre Bekämpfung. Es ist daher nicht mehr möglich, dass der Verletzte allein schon wegen der äusseren Erscheinungsform, in welcher die Widerrechtlichkeit zum Ausdruck gelangt, des Schutzes entbehren muss.

Dagegen geben beide Bestimmungen durch ihre allgemeine Fassung zu Zweifeln Veranlassung, ob sie auch auf widerrechtliche Verletzung obligatorischer Rechte durch den Schuldner Anwendung finden. Infolge dessen haben auch die Motive zu beiden Gesetzbüchern sich verpflichtet gehalten, auf den Ausschluss dieser Widerrechtlichkeiten von Artikel 50 beziehentlich § 704 noch besonders hinzuweisen [1]. Ein solcher Ausschluss ergiebt sich allerdings für denjenigen, der das römische Aktionen-System und dessen Annahme durch beide Gesetze kennt, schon von selbst. Allein es kann von jedem gebildeten Bürger, der sich aus seinem Landesgesetzbuche Rath holen will, nicht verlangt werden, dass er die « Motive » studiere, beziehentlich sich mit dem römischen Actionen-Systeme bekannt mache.

Bei der zweiten Lesung des Entwurfs ist daher eine Bestimmung aufzunehmen, dass § 704 ff. auf Widerrechtlichkeiten des Schuldners gegen obligatorische Verpflichtungen keine Anwendung erleiden.

[1] Vergleiche Botschaft des schweizerischen Bundesrathes an die hohe Bundesversammlung zu einem Gesetzentwurfe enthaltend schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht vom 27. November 1879, S. 7, und Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Bd. II, S. 727.

## § 3.

## Der Begriff der Widerrechtlichkeit.

Der Artikel 50 sowohl, wie der § 704 gehen aus von dem Begriffe « widerrechtliche » Handlung.

Eine Begriffsbestimmung geben dagegen beide Gesetzbücher nicht.

Auch das römische Recht stellt eine solche Begriffsbestimmung nicht auf; es erklärt sich letzteres wohl aus der verschiedenartigen Behandlung der Widerrechtlichkeit im römischen Rechte und der eigentümlichen Formulirung der Delikte. Trotzdem hat aber das römische Recht nicht verkannt, dass die Widerrechtlichkeit als solche einen einheitlichen Begriff darstelle. Auch bietet seine allgemeine Erklärung, dass als Widerrechtlichkeit (injuria) alles anzusehen sei, was nicht mit Recht geschehe (omne, quod non jure fit, quod non jure factum est [1]) immerhin genügenden Anhalt zur Bestimmung der Widerrechtlichkeit [2]. Denn aus dieser Erklärung folgt, dass der Thäter ein Recht zu einer bestimmten Handlung haben muss, soll dieselbe nicht widerrechtlich sein.

Unter Recht (jus) ist hier aber das Recht des Handelnden im subjektiven Sinne, die Berechtigung zu verstehen.

Demgemäss umfasst der Begriff des Rechtes die gesammten durch die Rechtsordnung gegebenen Berechtigungen, sowohl die allgemeinen von der Rechtsordnung anerkannten natürlichen « Freiheiten » des Individuums, als Rechtsgenossen, wie die be-

[1] Vergl. l 1, pr. D. de injur. 47, 10, l 5, § 1, D. ad leg. Aqu. 9, 2.

[2] Anderer Ansicht *Pernice*, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen, S. 26 ff, « Marcus Antistius Labeo », Bd. II, S. 7 ff.

sonderen von der Rechtsordnung ausgebildeten « Rechte » des einzelnen Rechtsträgers. Innerhalb des durch diese Berechtigungen gekennzeichneten Gebietes hat sich also der Handelnde zu halten. Die Grenzen dieses Gebietes zeigen ihm seine eigenen Berechtigungen an, sei es, dass die Grenzpfähle sich ergeben aus der allgemeinen Freiheit, sei es aus dem besonderen Rechte. Diese Grenzpfähle charakterisieren sich als « Rechtspflichten », als die den Berechtigungen correspondirenden Nicht-Berechtigungen.

Unter Widerrechtlichkeit ist somit jede Verletzung der Rechtspflichten, jede Ueberschreitung des eigenen Rechtsgebietes zu verstehen. Die Widerrechtlichkeit ist also ein objektiver Begriff; auch der Wahnsinnige, das Kind, der Irrende begehen eine Widerrechtlichkeit, wenn sie ihr Rechtsgebiet überschreiten. Eine Widerrechtlichkeit giebt es anderseits nur für Rechtsgenossen. Nur wer Rechte haben kann, ist der Widerrechtlichkeit fähig : Hagelschlag und Mäusefrass sind nicht fähig, eine Widerrechtlichkeit hervorzurufen ; ihnen hat die Rechtsordnung ein « Rechtsgebiet » nicht zugewiesen. Die neuere Theorie will dies allerdings nicht anerkennen [1]. Für sie bildet der Ausgangspunkt in der Frage nach der Widerrechtlichkeit die Rechtslage des Dritten, des Verletzten, nicht des Thäters. Demgemäss bestimmt sie die Rechtlichkeit der Handlungen eines Thäters nicht durch Ausmittlung seines eigenen Rechtsgebietes, sondern durch Ausmittlung der Rechtsgebiete Dritter, der verletzten Nachbarn. Der Thäter hat sich nicht zu vergegenwärtigen, wie weit seine Berechtigung gehe, sondern vorsichtig zu eruieren, wo fängt das Rechtsgebiet Dritter und zwar welches Dritten an. Durch letztere Feststellung allein kann er ermitteln, wo seine eigenen Grenzen liegen.

Das schweizerische Obligationenrecht hat sich sowohl in seinem Texte, wie in seinen Motiven [2] enthalten, auf eine von

[1] An anderer Stelle werde ich ausführlich auf die philosophische Begründung meiner Ansicht zurückkommen; am schärfsten vertritt die gegnerische Ansicht *Binding*, Normen und ihre Uebertretung, insbesondere Bd. I, S. 300 ff.

[2] Botschaft des Bundesrathes zu einem Gesetzentwurfe enthaltend schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht vom 27. November 1879.

diesen Deduktionen einzugehen, Wissenschaft und Praxis ist die volle Freiheit gelassen, den richtigen Weg zur Bestimmung der Widerrechtlichkeit zu finden.

Anders ist der deutsche Entwurf verfahren ; er hat geglaubt, von vornherein die Marschroute zur Auffindung des Begriffs der Widerrechtlichkeit festlegen zu müssen. Und zwar hat er die Ansicht unserer Gegner als die richtige adoptirt.

Demgemäss hat der Entwurf in seinen Motiven Bd. II, S. 726 ff, versucht, im Einzelnen festzustellen, in wie weit die Rechtsordnung bereits Schlagbäume gegen den Thäter zu Gunsten Dritter errichtet hat. Als solche erkennen die Motive nur an « die absoluten Verbotsgesetze », sodann die Vorschriften über « absolute Rechte » Dritter [1]. Ist weder ein absolutes Verbotsgesetz, noch ein absolutes Recht Dritter in Frage, so liegt, eine Widerrechtlichkeit nicht vor. Denn was nicht verboten ist, ist erlaubt, richtet keinen « Schaden » im Sinne des Gesetzes an.

Die Folge dieser Feststellung ist, dass die Klage aus § 704 in die Schranken des römischen Rechts, wenigstens thatsächlich zurückgewiesen ist. Es genügt nicht, dass die Handlung « widerrechtlich » sei, es ist vielmehr, wie im römischen Recht, ein besonderes *Verbot* dieser Handlung erforderlich. Die allgemeine Bedeutung des § 704 liegt nur darin, dass dieses Verbot, nicht wie im römischen Rechte, dem Privatrechts-Gebiete anzugehören hat. Der § 704 ist somit durch die Motive glücklich wieder in den etwas geflickten Rahmen des römischen Rechts eingespannt. Die Motive statuieren dieses Prinzip sogar ausdrücklich. Denn sie sagen, dass zwar auch ein *Dritter,* wenn er in die obligatorischen (i. e. relativen) Rechte eines Dritten *schædigend eingreift,* (z. B. durch Zerstörung des Gegenstandes des obligatorischen Rechtes) den Anderen zum Schadensersatze verpflichtet sein könne, aber nur :

wenn seine Handlung sich aus einem *anderen* Grunde als

[1] Ueber illoyale Handlungen vergleiche unten S. 37 ff.

wegen der Schädigung des obligatorischen Rechts als eine widerrechtliche darstellt [1].

Man wird sich mit Recht fragen, warum bedarf es hier wo obligatorische Klagen nicht in Frage stehen, neben der widerrechtlichen Schädigung des obligatorischen Rechts noch eines « anderen Grundes » der Widerrechtlichkeit? Die Antwort giebt allein das römische Recht. Man vergleiche z. B. nur Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, § 41, Anm. 1 (Auflage VII). Dort heisst es: « Unmöglichmachen der Verwirklichung des obligatorischen Rechts durch einen Dritten ... verpflichtet nur, wenn die Handlung, durch welche es herbeigeführt wird, schon *an und für sich* unrechtmässig ist, zum Schadensersatz ». An und für sich unrechtmässig ist aber nach römischem Rechte eben nur die verbotene Handlung.

Gegen diese Ausführungen der Motive hat sich daher allseitig Widerspruch erhoben [2]. Doch hat man im allgemeinen den Fehler der Motive dadurch heilen wollen, dass man die Barrieren zum Schutze Dritter anderswo gefunden hat. Es sollen die rechtlich geschützten Interessen des Dritten sein, nach denen die Rechtlichkeit oder Widerrechtlichkeit des Handelnden zu bestimmen ist. Die formale Rücksichtsnahme auf das römische Recht ist damit allerdings beseitigt. Allein auch diese Festsetzung leidet an einem ähnlichen Mangel, wie die Festsetzung der Motive. Denn es giebt eine Reihe von « rechtlichen Interessen Dritter », welche die heutige Rechtsordnung *positiv* nicht geschützt hat, und deren Verletzung doch widerrechtlich ist [3]. Es ist dies der grosse Kreis der natür-

[1] Motive, Bd. II, S. 727.

[2] *Gierke*, Der Entwurf und das deutsche Recht, S. 262 ff, v. *Liszt*. Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht, in *Bekker* und *Fischer*, Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs S. 34 ff, *Mataja*, das Schadensersatzrecht im Entwurfe im Archive für bürgerliches Recht, Bd. 1, S. 267 ff, *G. Schmidt*, das Schadensersatzrecht des Entwurfs in den Gutachten aus dem Anwaltsstande S. 1191 ff, *Meischeider* die alten Streitfragen in *Bekker* und *Fischer*, Beiträge, S. 36.

[3] *Gierke* a. a. O. S. 112, vergleiche auch v. *Liszt* a. a. O. S. 6 ff, *Menger*, das bürgerliche Recht und die besitzlosen Klassen. Eine Kritik des Entwurfs, Sonder-Abdruck aus dem Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik, S. 75 ff.

lichen Freiheiten, die von der Rechtsordnung anerkannt, aber noch nicht zu « Rechten » im engeren Sinne ausgebildet sind. Obige Ansicht führt infolge dessen zu dem Schlusse, dass der Richter stets zu suchen hat nach einer Bestimmung, durch welche das rechtliche Interesse bereits, sei es im öffentlichen, sei es im bürgerlichen Rechte, sei es zum Teil, sei es bereits gänzlich geschützt ist. Fehlt dieser Schutz, so liegt keine Widerrechtlichkeit vor ; die Arbeitskraft des Familienvaters, die Sittlichkeit seiner Wittwe und seiner Töchter, sie kann ruhig verletzt werden, insoweit das Recht noch keine Barriere gegen den mächtigen Arbeitsherrn, gegen den reichen Wüstling errichtet hat.

Der § 704 ist somit nichts weiter als die privatrechtliche Krücke des « geschützten » Interesses.

Das hat v. Liszt [1] unter Zustimmung Gierke's klar ausgesprochen. « Das Verhältnis des privatrechtlichen zum strafrecht-« lichen Delikt ist sofort klar : von einer Verschiedenneit « (Gefährdungs- und Ungehorsamsdelikt) abgesehen, muss der « Begriff des Delikts auf beiden Gebieten derselbe sein ». So sehr ich bedaure, gerade diesen verdienten Gelehrten entgegentreten zu müssen, — für mich bildet die Identificierung beider Deliktsbegriffe den grössten Hemmschuh in der Bekämpfung der Widerrechtlichkeit, wenigstens so lange im Anschlusse an die alten Formeln des römischen Rechts nur strafbar ist, was genau abgezirkelt ist. Für das Gebiet des Civilrechtes bleibt dann, wenn man nur bereits *geschützte* rechtliche Interessen als Angelpunkt der Widerrechtlichkeit ansieht, ferner dieselbe Wahrheit, welche heute für das Gebiet des Strafrechts nicht zu leugnen ist : Der feine, juristisch gebildete Börsen-Gauner wird reich, das arme Weib, welches nutzloses Geröll von der Kohlenhalde genommen hat, wird eingesperrt. Wie sehr dieses Resultat schon jetzt das deutsche Volk erbittert, dafür bildet meines Erachtens die Praxis der höchsten deutschen Gerichte ein Echo in der Interpretation des

[1] *v. Liszt* a. a. O. S. 26. *Gierke* a. a. O. S. 263. Anm. *Mataja* a. a. O.

Unfugparagraphen. Was nach dem lebendigen Rechtsbewusstsein des Volkes ein Unfug gegen Sitte und Recht ist, aber in die eng abgezirkelten Paragraphen des Strafgesetzbuches sich nicht einpferchen lässt, das findet ein bescheidenes Plätzchen als « grober Unfug ». Gewiss wäre auch dieses — juristisch zu bedauernde, wirtschaftlich fast unvermeidliche — Resultat nicht erreicht, wäre die Wacht über den Unfugparagraphen von vornherein dem methodisch gebildeten Juristen (dem Staatsanwalte), und nicht dem nur praktisch bewährten Amtsanwalte anvertraut.

Dagegen entscheidet die Rechtsordnung und deren Geist, nicht die einzelne Schutzbestimmung derselben, über das, was widerrechtlich sei, folgt man der oben entwickelten Theorie. Auch dann verlässt man den Boden des römischen Rechts nicht vollständig, sondern sprengt nur die Fesseln, welche das römische Recht dem Begriffe der Widerrechtlichkeit in der Ersatzfrage angelegt hat. Diese Sprengung haben aber, wie die Geschichte der einzelnen Fesseln bei den einzelnen Delikten zeigt, die grossen römischen Juristen vorbereitet.

Es genügt alsdann die Feststellung, dass die Rechtsordnung eine Berechtigung des Thäters zu der betreffenden Handlung nicht anerkenne, um die Widerrechtlichkeit derselben darzuthun. Die Unterscheidung zwischen Widerrechtlichkeit, welche ein Recht verletzt, und Widerrechtlichkeit, welche kein Recht verletzt, fällt alsdann ebenfalls. Der § 704 erhält infolge dessen eine wesentlich vereinfachte Form.

Ob die Handlung eine positive (ein Thun) oder eine negative (ein Unterlassen) ist, macht alsdann auch keinen Unterschied. Denn jede Unterlassung, welche « ohne Recht » erfolgt, unterscheidet sich begrifflich in keiner Weise von dem positiven Thun, das ohne Recht vor sich geht. Es ist dies allerdings vielfach bestritten.

Den Ausgangspunkt der gegnerischen Ansicht bildet die Lehre des römischen Rechts von dem « damnum injuria datum », der Sachbeschädigung. Die « lex Aquilia » verlangte nämlich ursprüng-

lich, dass das « damnum corpori corpore datum » sei. Es wurden die Worte « qui injuria occiderit [1], usserit, fregerit, ruperit [2] » wörtlich interpretiert, und demgemäss verlangt, dass die Beschädigung durch ein positives Thun des Thäters (corpore) unmittelbar (corpori) erfolge. Letzteres Merkmal fiel später fort, es genügte, dass ein positives Thun des Thäters vorlag, wenn die Beschädigung auch nur mittelbar selbst durch eine zwischentretende Unterlassung erfolgte [3]. Als ein solches Thun wurde auch das positive Thun der Sklaven und Kinder angesehen [4].

Das römische Recht ist aber nicht bis zu dem Satze gelangt, dass auch ein Unterlassen allein geeignet sei, als « damnum injuria datum » zu gelten. Daraus erklärt sich die l 13 § 2 D. de usufruc. 7, 1.:

> .... De præteritis autem damnis fructarius etiam lege Aquilia tenetur, .... (sicut quemlibet alium, qui in aliena re tale quid commiserit .....) sunt casus, quibus cessat Aquiliæ actio ...., nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur.

Hinderlich stand einer Anwendung der « lex Aquilia » auf solche Unterlassungen auch entgegen, dass das römische Recht gegen solche Unterlassungen teilweise bereits anderweitig Klagen formuliert hatte : so z. B. gegen das Unterlassen der Aufsicht bei Thieren (actio de pauperie), der nötigen Fürsorge bezüglich Grundstücken (cautio damni infecti).

Die Unterscheidung zwischen widerrechtlichem Thun und widerrechtlichem Unterlassen erklärt sich somit aus dem römischen Deliktssysteme. Wenn die Gegner unserer Ansicht sagen : Es bestehe eine Rechtspflicht, *im Interesse Anderer* thätig zu werden, (ausserhalb Vertragsverhältnissen) im allgemeinen nicht und eine blosse Unterlassung erscheine *daher*, auch wenn sie eine Beschä-

[1] l 2 pr. D. ad leg. Aqu. 9, 2.
[2] l 27 § 5 eodem.
[3] l 8 pr., l 27 § 9 l 31 eodem, § 5, § 6 I. 4, 3.
[4] l 27 § 11 D. eodem.

digung (Schaden) Dritter zu Folge haben, der Regel nach nicht als rechtswidrig, so ist darauf zu antworten : Eine Rechtspflicht, *im Interesse Anderer* negativ etwas zu unterlassen, besteht ausserhalb von Vertragsverhältnissen ebensowenig, und ein positives Thun erscheint *daher* ebenfalls, auch wenn es eine « Beschädigung » (Schaden) Dritter zur Folge hat, der Regel nach nicht als rechtswidrig : Der arme Mensch müsste sich sonst bei jedem Schritt, den er thut, fragen, ob es nicht besser sei, zu Hause zu bleiben, damit der Jurist nicht obige Regel gegen ihn anwende.

In Wirklichkeit ist der Jurist bei jedem Thun, wie bei jedem Unterlassen, (das einen Schaden hervorgerufen hat,) gegebenen Falls in gleicher Weise zu untersuchen schuldig, ob der Handelnde ein Recht zum Thun beziehentlich zur Unterlassung hatte. Richtig ist an obiger Regel nur, dass derjenige, der nichts besitzt, weder Haus und Hof, noch Kinder und Angestellte, noch Stellung und Amt, vieles « unterlassen » kann, ohne sein Rechtsgebiet zu überschreiten, weniges dagegen thun kann, ohne widerrechtlich zu handeln. Allein solche Leute bilden jedenfalls nicht die Regel.

Das schweizerische Obligationenrecht kennt den Unterschied des römischen Rechts zwischen Thun und Unterlassen nicht. Es folgt in dieser Beziehung dem Artikel 1383 du Code civil français :

> Chacun est reponsable du dommage, qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

Der Ausdruck « widerrechtlich » in Artikel 50 umfasst daher auch Unterlassungen jeder Art, welche ohne Recht erfolgen.

Im Anschluss an die bewährten Bestimmungen des Code civil français (Artikel 1384, 1385, 1386) hat das schweizerische Obligationenrecht sogar gegenüber solchen Unterlassungen eine härtere Beurteilung eintreten lassen, als gegenüber dem positiven Thun. Es hat nämlich zu Lasten der Aufsichtspflichtigen bei Kindern und Untergebenen (Artikel 61 ff.), bei Thieren (Artikel 65 ff.), bei Gebäuden und Werken (Artikel 67 ff.) eine widerrechtliche Unterlassung präsumiert, wenn von den zu Beaufsichtigenden ein

Schaden angerichtet ist. Der Aufsichtspflichtige haftet, wenn er nicht nachzuweisen vermag, dass er keine widerrechtliche Unterlassung begangen hat. Der Nachweis, dass ihm keine Schuld (z. B. wegen Irrtums u. s. w.) treffe, vermag ihn auf keinen Fall von der Haftung zu befreien.

Dagegen bewegt sich der deutsche Entwurf noch vollständig in den Bahnen des Aquilischen Gesetzes. Er versteht unter Unterlassungen in § 704 nur solche, welche schon die römische Jurisprudenz als durch die « lex Aquilia » verboten ansah oder welche durch neuere Gesetze noch besonders verboten sind. Als solche « verbotene » Unterlassungen gilt dem Entwurfe aber nicht schon an sich die Verletzung der Aufsichtspflicht über Kinder und Untergebene (Artikel 710 ff.), über Thiere (Artikel 734), über Gebäude oder sonstige Werke (Artikel 735) Dritten gegenüber. Der Entwurf enthält daher besondere Bestimmungen, durch welche diese Verletzungen Dritten gegenüber verboten werden. Bezüglich anderer Sachen als « Gebäude und Werke » erklären die Motive sogar ausdrücklich, dass die Verletzung der Aufsichtspflicht über diese keine Widerrechtlichkeit Dritten gegenüber sei. Hat also z. B. ein Arbeiter unter den Augen des Eigentümers stets einen offenen Privatweg benutzt, (ohne dass er ein « Recht » erworben hätte), so braucht der Eigentümer diesen Weg nicht zu sperren, wenn er in demselben eine Wildgrube graben lässt. Bricht der Arbeiter dann in der Nacht in der Grube beide Beine, so mag er den Schaden selbst tragen. Die Motive begründen dies damit, dass es bedenklich sein würde, und überdies kein Bedürfnis vorliege, den Besitzer jeglicher, auch einer beweglichen Sache zu verpflichten, dieselben in denjenigen Stand zu halten, welche die Möglichkeit der Beschädigung eines Dritten ausschliesst [1]. Dagegen ist zu bemerken, dass unser heutiges Rechtsbewusstsein ganz entschieden verlangt, dass derjenige, dem das Recht der Aufsicht über irgend welche Sachen zustehe, auch die Pflicht auferlegt werde, dafür zu sorgen, dass seine Sachen nicht eine Gefahr

[1] Motive, Bd. II, S. 814 ff.,

für Dritte bilden. Die Motive befürchten, eine solche Bestimmung würde «eine ungerechtfertigte», in ihren Augen kaum zu übersehende «Eigentumsbeschränkung» hervorrufen. Auch hier zeigt sich wieder der so viel getadelte Geist des Entwurfs, auf Kosten der Besitzlosen dem Besitzenden möglichst unbeschränkte Rechte einzuräumen. Dazu kommt, dass die Beschränkung der Aufsichtspflicht auf « Gebäude und andere Werke » nichts weiter bedeutet, als die möglichste Beibehaltung der römisch-rechtlichen Bestimmungen über die « cautio damni infecti » für das neue deutsche Gesetzbuch. Diese Bestimmungen sind aber, wie die ganze römische Deliktslehre, getragen von einem beengenden Formalismus, der für unser heutiges Wirthschaftsleben in keiner Weise mehr passt.

Die Fälle der Unterlassung der Aufsicht über Kinder und Untergebene, Thiere und Sachen sind daher dem allgemeinen Prinzip des § 704 zu unterstellen, und als Sonderbestimmungen zu streichen. Das « Unterlassen » des § 704 ist auch als auf diese Fälle anwendbar zu erklären. Es tritt alsdann durch Wegfall der § 710, 713, 734—735 auch eine wesentliche Vereinfachung des Gesetzes-Textes ein.

Dagegen ist zu prüfen, ob nicht die erschwerenden Vorschriften des schweizerischen Obligationenrechts, deren Nicht-Aufnahme vielfach Tadel hervorgerufen hat, allgemein für Unterlassungen zu formuliren sind. Es würde dies ein wirksamer Schutz gegen die entsprechenden Widerrechtlichkeiten sein.

## § 4.

## Die Bestimmung der Widerrechtlichkeit im Einzelnen.

Der Begriff der Widerrechtlichkeit allein giebt nur den allgemeinen Massstab für die Feststellung, ob eine Handlung rechtlich oder widerrechtlich sei.

An die einzelne Handlung kann dieser Massstab aber erst gelegt werden, wenn feststeht, nach welchem Gesetze sich das Rechtsgebiet des Thäters abgrenze, die Rechtspflichten desselben bestimmen.

In der Schweiz sowohl, wie in Deutschland existiert aber der Dualismus zwischen Bundes- beziehentlich Reichsrecht und kantonalem beziehentlich Landesrecht.

Für beide Länder bedarf es daher der Erörterung, wann sich die Widerrechtlickeit nach gemeinem, wann nach partikularem Rechte zu bestimmen hat.

*a*) In schweizerischem Rechte:

Die schweizerische Jurisprudenz ist sich einig darüber, dass Artikel 50 mit dem Worte « widerrechtlich » für die Lehre vom Schadensersatze nicht etwa einen allgemeinen Begriff in der Weise hat aufstellen wollen, dass aus dem Gesetze selbst und dessen Geiste zu bestimmen sei, was als ohne Recht geschehen zu gelten habe. Vielmehr ist nach der vom Bundesgerichte [1] gebilligten « communis opinio », das private und öffentliche, kantonale Recht in seiner Domaine hier ebenso massgebend wie das eidgenössische Recht in seinem Gebiete.

Die Abgrenzung beider Rechtsgebiete hat nun namentlich für den Umfang des Obligationenrechts zu Streitigkeiten unter den Juristen Veranlassung gegeben.

Für diese Streitfrage kommt zunächst Art. 2 der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 in Betracht. Derselbe sagt:

> Die Kantone sind souverän, sofern ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist, und üben als solche alle Rechte aus, welche nicht der Bundesgewalt übertragen sind,

sodann Artikel 64:

Dem Bunde steht die Gesetzgebung zu: . . . . .

« über alle auf den Handel und Mobiliarverkehr bezüg-

[1] Entsch. XVI, 27.

lichen Rechtsverhältnisse, (Obligationenrecht mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechts) ».

Die schweizerische Jurisprudenz streitet aber nicht, dass beide Artikel in ihrer Zusammenfassung für die Gesetzgebung die Bedeutung des Artikels 2 des Gesetzes betreffend die Verfassung des deutschen Reiches vom 16. April 1871 haben, welcher besagt:

> Innerhalb dieses Bundesgebietes übt das Reich das Recht der Gesetzgebung nach Massgabe des Inhalts dieser Verfassung und mit der Wirkung aus, dass die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen.

Demgemäss geht also das in Ausführung des Art. 64 erlassene Obligationenrecht den kantonalen Gesetzen kraft der Verfassung vor.

Bezüglich der Verfassungsmässigkeit der einzelnen Bestimmungen des Obligationenrechts ist aber davon auszugehen, dass der Artikel 64 der Bundes - Gesetzgebung überlassen wollte, abzugrenzen, welche « Rechtsverhältnisse » auf Handel und Mobiliarverkehr sich beziehen, was unter « Obligationenrecht mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechts » zu verstehen sei. Es folgt dies einmal aus der Fassung des Artikels 64, seiner doppelten Bezeichnung der Gesetzgebungsmaterie, seiner nicht juristisch definierenden Ausdrucksweise. Es folgt dies aber weiter aus der Entstehungsgeschichte des Artikels 64, welche zeigt, dass ein engjuristischer Rahmen nicht gewollt war [1]. Für die Verfassungsmässigkeit des Obligationenrechts ist es daher ohne Bedeutung, ob der Gesetzgeber auch Rechtsverhältnisse geordnet hat, welche nach der specifisch-juristischen Terminologie nicht als Rechtsverhältnisse des Handels- und Mobiliar-Verkehrs, nicht als Obligationenrecht mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechts aufzufassen wären. Es genügt, dass der Gesetzgeber nach seiner Erkenntnis sie als solche erachtet hat.

Das Obligationenrecht geht also in allen seinen Bestimmungen unantastbar dem kantonalen Rechte vor.

[1] Vergl. *A. Schneider* und *H. Fick*, Commentar, Einleitung S. 6 ff, S. 12.

Der Artikel 881 des Obligationenrechts enthält in dieser Beziehung noch folgende besondere Bestimmung :

> « Durch dasselbe (i. e. dieses Gesetz) werden alle ihm entgegenstehenden Vorschriften sowohl eidgenössischer, als auch kantonaler Gesetze und Verordnungen aufgehoben ».

Insofern dieser Artikel von den eidgenössischen Gesetzen und Verordnungen spricht, statuiert er lediglich die Geltung des allgemeinen Satzes : « Lex posterior derogat priori ». Dagegen bedeutet die Bezugnahme auf kantonale Gesetze und Verordnungen die Anwendung des in Artikel 2 und 64 der Bundesverfassung enthaltenen Grundsatzes der Superiorität des eidgenössischen Rechts über das kantonale Recht auf die Bestimmungen des eidgenössischen Obligationenrechts. Der Art. 881 des Obligationenrechts bedient sich allerdings des Ausdrucks « entgegenstehender » Bestimmungen. Aber er will mit dem Ausdruck « entgegenstehend » nicht etwa besagen, dass nur diejenigen Bestimmungen kantonaler Gesetze oder Verordnungen derogiert, beseitigt seien, welche sich im Gegensatze zu dem eidgenössischen Obligationenrechte befinden. Vielmehr sind durch Artikel 881 auch solche Bestimmungen kantonaler Gesetze entkräftigt, welche mit dem eidgenössischen Obligationenrechte inhaltlich übereinstimmen [1]. Wo das eidgenössische Obligationenrecht eine Regelung getroffen hat, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, ist dasselbe ausschliesslich souverän und duldet keine kantonalen Gesetze neben sich. In diesem Rechtsgebiete ist das kantonale Recht seiner gesetzlichen Kraft, der kantonale Gesetzgeber seiner souveränen Macht völlig entkleidet. Das kantonale Recht kann daher auch nicht mittelst Analogie oder als subsidiäres Recht zur Anwendung gelangen. Jnsoweit aber das eidgenössische Obligationenrecht ein Rechtsverhältnis oder eine bestimmte Seite eines Rechtsverhältnisses nicht in den Kreis seiner Herrschaft gezogen, ist der kantonale Gesetz-

[1] Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, Bd. XII, S. 630, Bd. XIII, S. 202 u. s. w.

geber souverän geblieben. Es macht hier keinen Unterschied, ob das eidgenössische Obligationenrecht positiv sagt, dass das kantonale Recht insoweit «gelte» [1], «vorbehalten bleibe» [2], oder negativ bestimmt, dass ein bestimmtes Rechtsverhältnis oder eine besondere Seite desselben den Bestimmungen des eidgenössischen Gesetzes «nicht unterliege» [3], durch die Vorschriften desselben oder eines bestimmten «Kapitels» «nicht berührt werde» [4], oder endlich sich mit dem Rechtsverhältnisse gar nicht weiter befasst, weil es dasselbe nicht zu dem ihm überwiesenen Rechtsgebiete rechnet. Bei letzteren Rechtsverhältnissen ist natürlich nicht ausgeschlossen, dass das Gesetz, um Zweifel zu vermeiden, sich an irgend einer Stelle veranlasst sieht, noch positiv hervorzuheben, dass die hier gegebenen Bestimmungen auf das sonst durch Stillschweigen für das eidgenössische Rechtsgebiet beseitigte Rechtsverhältnis keinerlei Anwendung erleiden. Dies ist z. B. in Art. 10 bezüglich der Form der Schenkungen geschehen. Hieraus nun zu folgern, dass das Gesetzbuch die ausserhalb des Verkehrslebens stehende Schenkung im übrigen in sein Rechtsgebiet eingezogen habe, heisst, den Worten des Gesetzes auf Kosten seines Geistes Gewalt anthun. Dies hat m. E. die sonst recht verdienstliche Schrift Kellenbergers über diesen Gegenstand nicht genügend gewürdigt [5].

Das Rechtsgebiet der Kantone ist in den Vorbehalten aber verschieden abgegrenzt.

Bald ist den Kantonen nur das Recht «besonderer» Vorschriften belassen, d. h. solcher Vorschriften, welche beruhen auf einer eigentümlichen, besonderen Behandlung der vorbehaltenen Materie durch den kantonalen Gesetzgeber; solche besondere Vorschriften gehen alsdann den allgemeinen Sätzen des eidgenössischen Rechts als singuläre Ausnahme vor. Sie sind aus ihrem Geiste, aus dem

[1] z. B. Art. 231.
[2] z. B. Art. 198.
[3] z. B. Art. 146.
[4] z. B. Art. 414.
[5] *Kellenberger*, Das Verhältnis des schweizerischen Obligationenrechts zum kantonalen Rechte, S. 5 f, S. 30 ff.

Geiste des kantonalen, nicht des eidgenössischen Gesetzgebers zu erklären. Hier erstreckt sich aber die Souveränität des kantonalen Gesetzgebers nur auf eine solche eigentümliche Behandlung, auf besondere Vorschriften; die « allgemeine », die generelle Behandlung der Materie steht dagegen dem eidgenössischen Rechte zu.

Bald aber hat das Obligationenrecht das Gebiet des vorbehaltenen kantonalen Rechts nicht in dieser Weise beschränkt. Es lässt die kantonalen Gesetze allein herrschen, die Ueberweisung ist generell erfolgt, bald für das ganze Rechtsverhältnis [1], bald nur gegenüber den Bestimmungen eines einzelnen Titels, d. h. bezüglich einer Seite des Rechtsverhältnisses [2]. In diesem Gebiete nimmt dann wiederum das kantonale Recht dieselbe Stellung ein, wie das eidgenössische Recht in seinem Herrschaftsgebiete. Das eidgenössische Recht kann daher hier weder durch Analogie noch als subsidiäres Recht eine Herrschaft beanspruchen. Selbstverständlich ist es dem kantonalen Gesetzgeber unbenommen, die Bestimmungen des eidgenössischen Rechts für gewisse Rechtsverhältnisse eidgenössischer Souveränität zum kantonalen Rechte für ähnliche Rechtsverhältnisse kantonaler Souveränität zu erheben. Aber dadurch erlangt das eidgenössische Recht nicht die Bedeutung eines « gemeinen » eidgenössischen Rechtes, sondern sinkt für diese Rechtsverhältnisse zum kantonalen Rechte herab.

Diese Sätze haben eine einschneidende materielle Bedeutung, sie haben aber auch eine grosse prozessualische Wirkung. Denn das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Brachmonat 1874 bestimmt in Artikel 29:

> In Rechtsstreitigkeiten die von kantonalen Gerichten nach *eidgenössischen Gesetzen* zu entscheiden sind und deren Gegenstand einen Hauptwert von wenigstens Fr. 3000 hat oder seiner Natur nach einer Schätzung nicht

[1] z. B. Art. 231, (Kaufverträge über Liegenschaften).

[2] z. B. Art. 130 (Recht der grundversicherten Forderungen, bezüglich des Erlöschens der Obligationen). Vergl. *Kellenberger*, S. 15 ff.

unterliegt, ist jeder Partei das Recht geöffnet, bei dem Bundesgerichte die Abänderung des letztinstanzlichen kantonalen Hauptturteils nachzusuchen, und in Artikel 31:

Das Bundesgericht ist verpflichtet die Beurteilung auch anderer . . . . . Rechtsfälle zu übernehmen:

« wenn durch die Verfassung oder die Gesetzgebung eines Kantons bestimmte Rechtsstreitigkeiten an das Bundesgericht gewiesen werden, wozu jedoch die Genehmigung der Bundesversammlung erforderlich ist ».

Hieraus ergiebt sich, dass nach Artikel 29 das Bundesgericht insoweit nicht zuständig ist, als es sich um

« Rechtsstreitigkeiten, die nach kantonalen Gesetzen zu entscheiden sind, »

handelt, und dass die kantonale Gesetzgebung, welche die Bestimmungen eidgenössischer Gesetze in kantonale Gesetze aufnimmt, nur dann die Zuständigkeit des Bundesgerichts erzielt, wenn sie die nach diesen Gesetzen zu entscheidenden Rechtsstreitigkeiten

« an das Bundesgericht weist und die Bundesversammlung diese Ueberweisung genehmigt ».

Die schweizerische Jurisprudenz erkennt nun im allgemeinen die oben entwickelte Ansicht über die Bedeutung der Vorbehalte nicht an [1].

Die Gegner unserer Ansicht gehen davon aus, dass dem eidgenössischen Rechte, für diejenigen obligatorischen Rechtsverhältnisse, welche dem kantonalen Recht vorbehalten sind, eine grössere Bedeutung zuzuschreiben sei. Ueber die Formulierung im Einzelnen gehen die Ansichten auseinander.

Haberstich in seinem Handbuche des schweizerischen Obligationenrechts (Bd. I, S. 14 ff.) und nach ihm F. Schneider in der Zeitschrift für schweizerisches Recht (N. F., Bd. IV, S. 473 ff.) haben folgende Grundsätze aufgestellt [2]:

[1] Im Wesentlichen ist zustimmend *Kellenberger*; Vergl. aber Anm. 5, S. 25.
[2] Ich teile die Formulierung Haberstichs, S. 15 mit.

*a*) Bei Beurteilung obligatorischer Verhältnisse ist in der Regel das schweizerische Obligationenrecht zu Grunde zu legen;

*b*) Wenn in Beziehung auf einen dem kantonalen Rechte vorbehaltenen Gegenstand eine besondere gesetzliche Vorschrift des Kantons besteht, welche auch gegenüber den allgemeinen Vorschriften des kantonalen Rechts eine besondere ist, so muss dieselbe hinsichtlich dieses Gegenstandes Anwendung finden;

*c*) Der Vorbehalt des kantonalen Rechts kann daher die Anwendung des Bundesgesetzes nur insoweit ausschliessen, als das kantonale Recht besondere Vorschriften über die demselben vorbehaltenen Materien enthält.

Nach Haberstich ist also das Obligationenrecht schlechthin für alle « obligatorischen » Rechtsverhältnisse massgebend; jedoch besteht bezüglich der vorbehaltenen Rechtsverhältnisse das Sonderrecht der Kantone « besondere Vorschriften », Einzelbestimmungen zu treffen. Sind solche kantonale Einzelbestimmungen für das vorbehaltene Rechtsverhältnis vorhanden (oder werden sie demnächst getroffen ?) so gelten diese; sonst gilt auch für das vorbehaltene Rechtsverhältnis das eidgenössische Recht. Es sind die besonderen Rechtssätze für das betreffende Rechtsverhältnis, alsdann aus dem allgemeinen Teile des Obligationenrechts zu entnehmen.

Weniger weit geht Hafner [1] und nach ihm Rossel [2]. Beide behaupten, [3] dass

> das Bundesgesetz die allgemeinen Lehren des Obligationenrechts offenbar, soweit es die kantonale Gesetzgebung nicht ausdrücklich vorbehält, oder auf dieselbe verweist, erschöpfend normieren will und zwar auch für diejenigen obligatorischen Rechtsverhältnisse (Verträge) deren spezielle Regelung dem kantonalen Rechte anheim-

[1] *Hafner*, Das schweizerische Obligationenrecht, Textausgabe mit Anmerkungen in der Einleitung S. XVI ff. S. XXI f.

[2] *Rossel*, Manuel du droit fédéral des Obligations S. 17 ff.

[3] Ich folge den Worten Hafners.

gegeben sind. Dagegen sind im besonderen Teile nicht sämmtliche obligatorische Rechtsverhältnisse normiert, sondern einzelne, wie der Schenkungsvertrag, in der Meinung mit Stillschweigen übergangen worden, dass das kantonale Recht und die kantonale Gesetzgebung bezüglich derselben fortbestehen solle.

Nach dieser Auffassung wäre also zu unterscheiden, ob es sich um einen Vorbehalt innerhalb des Gebietes der allgemeinen Lehren, « des allgemeinen Teils » handelt, oder aber um einen Vorbehalt des speziellen Teils, einen Vorbehalt zu Gunsten eines speziellen Rechtsverhältnisses.

In ersterem Falle soll « insoweit » der Vorbehalt sich erstreckt das kantonale Recht gelten; in letzterem Falle dagegen soll ein solcher Vorbehalt die allgemeinen Lehren des Obligationenrechts in Kraft lassen, nur die Formulierung des Rechtsverhältnisses, als konkreten Vertrag (z. B. als Schenkung), dem kantonalen Rechte überweisen.

Eine dritte Ansicht endlich vertritt Huber [1]. Derselbe sagt:

> Das kantonale Obligationenrecht . . . kann nunmehr nur noch Geltung beanspruchen . . . einmal in einzelnen Punkten, in Bezug auf welche der Gesetzgeber das kantonale Recht ausdrücklich vorbehält, sodann in Bezug auf gewisse Institute, die ausdrücklich oder stillschweigend dem kantonalen Rechte überlassen werden. In Bezug auf diese letzteren ist das kantonale Recht vorbehalten, soweit das bezügliche Institut reicht . . . in dem Sinne, . . . dass das kantonale Recht über das betreffende Institut Geltung haben solle, soweit nicht der kantonale Gesetzgeber deutlich Willens ist, jenes Institut den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts zu unterwerfen. Dieser Wille äussert sich insbesondere mit der Unterscheidung eines allgemeinen Teils des Obligationenrechts, und wir gelangen

[1] *Huber,* System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, III. Bd. S. 657, insbesondere S. 662 ff.

daher zu dem Schlusse, dass jedenfalls der allgemeine Teil des schweizerischen Obligationenrechts beseitigt worden ist, freilich nicht in dem Sinne, dass letzteres bei den kantonalen Instituten als Bundesrecht zur Anwendung käme, sondern . . . blos subsidiär [1] als selbstverständlich gewolltes gemeines Recht, also wie mit Bezug auf die kantonale Hoheit gesagt werden muss, als kantonales Recht an Stelle des früheren kantonalen allgemeinen Teils [2] . . . Dagegen sind die Regeln der speziellen Teile des kantonalen Obligationenrechts regelmässig für die betreffenden Institute in ihrer ganzen Ausdehnung als in Kraft verblieben zu betrachten [3].

Huber hält somit zwar die von Hafner aufgestellte Unterscheidung von besonderen Vorbehalte des allgemeinen Teils und Vorbehalt besonderer Rechtsinstitute bei. Er folgt Hafner bezüglich der besonderen Vorbehalte des allgemeinen Teils; dagegen erkennt er bezüglich des Vorbehalts besonderer Rechtsinstitute den allgemeinen Lehren des eidgenössischen Rechts als solchen prinzipiell keine Kraft zu. Das kantonale Recht ist für die vorbehaltenen Rechtsinstitute in seiner ganzen Ausdehnung massgebend. Aber nach Hubers Ansicht ist für diese Rechtsinstitute, insofern es sich um Regeln des allgemeinen Teils handelt, anzunehmen, dass das eidgenössische Recht vom kantonalen Gesetzgeber subsidiär als kantonales Recht gewollt sei.

Huber sagt zwar, dass er sich « zu derselben Anschauung bekenne, wie Hafner [4]; » allein die Einigkeit zwischen beiden ist

[1] Vergl. a. a. O. S. 452.
[2] Vergl. a. a. O. Anm. 1 S. 663.
[3] Ich habe geglaubt, die Worte der Gegner selbst mitteilen zu sollen, damit man unmittelbar die Kritik zu prüfen im Stande ist. Wie nötig in solchen Fällen dies ist, zeigt z. B. das Urteil Rossel's über die Haberstich-Schneider'sche Hypothese: (a. a, O. S. 19) M. Haberstich établit des distinctions, que nous jugeons inutile de reproduire et qui sont purement arbitraires. Die obige Mitteilung zeigt aber, dass die Haberstich'sche Unterscheidung die schärfste Durchführung des gegnerischen Prinzips ist.
[4] a. a. O. S. 663, Anm. 1.

eine rein äusserliche. Die Grundanschauung in der eigentlichen Streitfrage über die Souveränität des eidgenössischen und kantonalen Rechts ist eine völlig verschiedene. Rossel [1] ist allerdings anderer Ansicht. Er sagt : M. Hafner, dont M. le professeur Huber adopte la théorie avec une variante, qu'il n'est pas nécessaire de relever ici, s'exprime etc.

Sämmtliche Gegner unserer Ansicht finden die Hauptstütze derselben in der Erwägung, dass das schweizerische Obligationenrecht eben ein allgemeines Obligationenrecht für die Schweiz habe schaffen wollen. Dagegen ist einzuwenden, dass das Obligationenrecht nicht als Obligationenrecht im Sinne der Jurisprudenz, sondern als Verkehrsrecht im Sinne des Lebens gedacht ist. Dieses ist wie in Artikel 64 der Bundesverfassung so auch in den « Motiven » zum Entwurfe des Gesetzes [2] besonders hervorgehoben. [3] Dazu ist die Unterscheidung zwischen Lehren des Obligationenrechts, des Sachenrechts u. s. w. dem gemeinen Mann kaum verständlich ; gerade auf dessen Auffassung wollte das Gesetz aber besondere Rücksicht nehmen, da eine grosse Zahl von Leuten aus dem Volke berufen war, das Gesetzbuch als Richter anzuwenden ; wohl richtiger hätte überhaupt das Gesetz statt als Obligationenrecht sich als Verkehrsrecht bezeichnet. Die nach unserer Ansicht vorbehaltenen Rechtsverhältnisse gehören aber weder dem Wechsel- noch dem Handelsverkehre, noch dem allgemein bürgerlichen Verkehre an [4]. Das leuchtet auf den ersten Blick ein (z B. die Schenkung). Manche vorbehaltenen Punkte (z. B. Verträge über

[1] a. a. O. S. 19.

[2] Vergl. Botschaft des Bundesrathes vom 27. November 1879 zu dem Entwurfe des Obligationenrechts, S. 3 ff.

[3] So wenig ich auf parlamentarische Aeusserungen bei Beratung eines Gesetzes gebe, so vermag ich der Ansicht *Kellenbergers*, dass auch die Motive des Gesetzes für die Interpretation bedeutungslos seien, in keiner Weise zuzustimmen. Die Motive sind vielmehr der Ausdruck des Vorschlagenden, was er unter seinem Vorschlag verstehe. Wird der Vorschlag Gesetz, so kann man sich nicht ohne Weiteres über sie hinwegsetzen.

[4] Vergl. über diese Terminologie S. 3 ff. der Botschaft.

Immobilien) wurzeln dazu nach der Anschauung des Lebens mehr im Immobiliarrecht, als im Obligationenrecht.

Unberechtigt ist auch der Vorwurf, dass unsere Annahme die Ausführung des Gesetzes erschwere. Denn die vom allgemeinen Teile geordneten Materien kommen zum grossen Teil, z. B. die Bestimmungen über Verträge, Irrtum, Betrug, Zwang u. s. w. Bedingungen u. s. w. nicht blos für obligatorische Rechtsverhältnisse, sondern auch für dingliche, familienrechtliche und erbrechtliche Verhältnisse in Betracht, sie sind in vieler Beziehung dem ganzen Rechtssystem « allgemein ». Infolge dessen ist in jedem Kanton das Recht über diese allgemeinen Materien in Kraft geblieben, insoweit es sich um nicht-obligatorische Rechtsverhältnisse handelt. Es hat das Obligationenrecht also zwei allgemeine Teile notwendiger Weise in jedem Kantone « auf den Thron gesetzt [1] », einen eidgenössischen und einen kantonalen. Die Ansicht von Haberstich und Huber würde dazu führen, dass die Souveränität der Eidgenossenschaft für die einzelnen Kantone eine verschiedene, die Zulassung oder Zurückweisung der eidgenössischen Souveränität innerhalb weiter Grenzen in die Hand der Kantone gelegt wäre.

Dazu kommt, dass das Obligationenrecht selbst nirgendwo eine Andeutung enthält, welche die gegnerischen Ansichten rechtfertige.

Endlich ist auch aus Artikel 881 mit dem besten Willen nicht heraus zu lesen, dass die « Materien », welche durch ihn geordnet sind, im Gebiete des ganzen Obligationenrechts auch des kantonalen *mangels* besonderer entgegenstehender kantonaler Vorschriften als geordnet angesehen seien, oder dass dieses wenigstens bezüglich der allgemeinen Lehren gelte. Dazu sind Hafner und Rossel sich nicht einmal einig, was unter allgemeinen Lehren, allgemeinem Teil zu verstehen ist. Hafner (S. XXII, S. XII Zif. II), versteht darunter die sechs ersten Titel, Rossel (S. 20) « les livres I à IV inclusivement ». Rossel schliesst also die Abtretung der

[1] Vergl. *Haberstich* S. 14.

Forderungen (Tit. V) und die dinglichen Rechte an beweglichen Sachen (Tit. VI) aus.

Die Ansicht Huber's ist im Prinzipe die unserige. Indessen vermag ich seine speziellen Ausführungen über das Verhältnis des allgemeinen Teils des eidgenössischen Obligationenrechts zu dem allgemeinen Teil der kantonalen Obligationenrechte nicht zu teilen. Es ist zunächst dagegen zu bemerken, dass der allgemeine Teil sich in beiden Rechten äusserlich häufig nicht deckt, insofern der allgemeine Teil des Bundesrechts ausschliesslich Verkehrsrecht enthält, der der kantonalen Obligationenrechte eine solche Schranke nicht kennt. Dass der kantonale Gesetzgeber trotzdem sein Recht beseitigt, auf dessen Thron das Bundesrecht habe heben wollen, setzt bei den Begründern jener kantonalen Gesetzbücher eine Aufopferung der eigenen Meinung zu Gunsten des eidgenössischen Willens voraus, die zwar sehr schön, aber in Wirklichkeit zur Zeit der Publikation der kantonalen « Obligationenrechte » wohl schwerlich vorhanden war. Es ist dies jedenfalls eine « quæstio facti » für jeden einzelnen Kanton. Selbstverständlich kann durch Gewohnheitsrecht obiges Resultat erreicht werden, wenn nicht inzwischen die vielfach wünschenswerte Codifikation durch den Bund auch auf diesem Gebiete erfolgt.

Die von uns angenommene Ansicht ist von A. Schneider und Roguin [1] und vom Bundesgerichte in einem Urteile vom 3. Dezember 1887 [2] im Prinzipe ebenfalls vertreten.

Nach derselben ist z. B. die Frage, ob Dritte eine Widerrechtlichkeit durch Eingriffe in die obligatorischen Rechte eines anderen begehen können, nicht nach den Anschauungen des allgemeinen Teils des eidgenössischen Obligationenrechts, sondern nach den vorhandenen Bestimmungen der kantonalen Obligationenrechte zu bestimmen. Denn das eidgenössische Obligationenrecht spricht zwar im dritten Kapitel des zweiten Titels von den Beziehungen der Obligation (Art. 127—128) zu dritten Personen;

[1] Zeitschrift für schweizerisches Recht, n. F. Bd. IV S. 17 § 591 ff.
[2] Entsch. Bd. XIII S. 506 ff.

allein es erwähnt hier die Schadensersatzklage aus der widerrechtlichen Verletzung obligatorischer Rechte durch Dritte nicht; auch ergeben die einzelnen Bestimmungen, dass das Obligationenrecht die Frage nach dem Vorhandensein solcher Widerrechtlichkeiten allgemein nicht hat ordnen wollen. Diese sind somit, trotzdem es nicht unwissenschaftlich wäre, sie in den allgemeinen Teil des Obligationenrechts zu verweisen, dem kantonalen Rechte und dessen Ordnung vorbehalten.

*b)* Nach dem deutschen Entwurfe :

Der deutsche Entwurf lässt ebenfalls keinen Zweifel, dass die Widerrechtlichkeit des § 704 nicht nach dem bürgerlichen Gesetzbuche allein zu bestimmen sei.

Vielmehr sind die in Kraft bleibenden Gesetze des Landesrechts zutreffenden Falls bezüglich der « Widerrechtlichkeit » ebenso massgebend wie zutreffenden Falls die des Reichsrechts. Einen Unterschied macht es auch nicht, ob die einzelnen Bestimmungen dem öffentlichen oder privaten Rechte angehören. Die Rechtslage ist somit dieselbe, wie die durch das schweizerische Obligationenrecht geschaffene.

Es fragt sich aber, inwieweit im Gebiete des Privatrechts nach Inkrafttreten des neuen bürgerlichen Gesetzbuches die Grundsätze des Landesrechts bei Bestimmung der Widerrechtlichkeit noch Geltung haben werden.

Wie oben aber bereits bemerkt ist, enthält die deutsche Verfassung allgemein (im Artikel 2) die Bestimmung, dass das Reichsrecht dem Landesrechte vorgehe. Der Artikel 5 N. 13 der deutschen Verfassung räumt aber dem Reiche die Gesetzgebung über das gesammte bürgerliche Recht ein (nach der Fassung des deutschen Reichsgesetzes vom 20. Dezember 1873). Infolge dessen ist mit der Ausführung dieses Artikels gemäss Artikel 2 der Reichsverfassung von selbst das bürgerliche Recht der einzelnen Landesteile in seiner Gesammtheit aufgehoben. Jede privatrechtliche Bestimmung des Landesrechts muss daher, wenn sie ausnahmsweise in Geltung bleiben soll, durch einen Vorbehalt des bürgerlichen Gesetzbuches

geschützt, jedes Rechtsinstitut, welches ausnahmsweise partikularrechtlicher Regelung überlassen bleiben soll, als solches vom bürgerlichen Gesetzbuche bezeichnet sein. Ob das Reichsgesetz diesen Vorbehalt in seiner Einleitung, seinem Einführungsgesetze, wie der deutsche Entwurf es gethan hat, oder am Schlusse, in seinen Uebergangsbestimmungen trifft, wie es im schweizerischen Obligationenrechte geschehen, macht natürlich keinen Unterschied. Denn es handelt sich in beiden Fällen um ein einheitliches Ganze. Aus diesem Grunde ist es auch nicht zu rechtfertigen, dass das Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich die Einteilung in Artikel, das bürgerliche Gesetzbuch selbst aber die Einteilung in §§ beliebt hat. Keins der neueren deutschen Codifikation kennt ein solches Verfahren (Vergl. Strafgesetzbuch, Gerichtsverfassungsgesetz, Civilprozessordnung, Strafprozessordnung). Dasselbe erschwert auch die Einfachheit des Ausdrucks.

Der deutsche Entwurf selbst hat nun ebenfalls zu der Frage nach der Geltung der Landesgesetze im Gebiete des Privatrechts noch ausdrücklich in ähnlicher Weise Stellung genommen, wie der Artikel 881 des schweizerischen Obligationenrechts.

Der Artikel 32 des Entwurfs zum Einführungsgesetze bestimmt nämlich:

> Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten ausser Kraft, soweit nicht in dem bürgerlichen Gesetzbuche oder in diesem Gesetze bestimmt ist, dass sie in Kraft bleiben.

Dieser Artikel 32 leidet an demselben Mangel, wie Artikel 881 des schweizerischen Obligationenrechts. Er ist zu allgemein gefasst und besagt nichts weiter als schon in Artikel 2 und Artikel 4 (N. 13) der Verfassung enthalten ist.

Es erheben sich daher hier sofort dieselben Streitfragen, wie beim Artikel 881 des schweizerischen Obligationenrechts. Denn es sind im bürgerlichen Gesetzbuche ebenfalls die Vorbehalte teils spezieller Natur, teils allgemeiner; sie betreffen entweder nur die einzelne Seite eines Rechtsverhältnisses z. B. Erwerb und Verlust

der juristischen Persönlichkeit für Personenvereine § 44, Bestimmung der Stellen, bei welchen die öffentliche Hinterlegung erfolgt § 280, Verfahren bei der Abmarkung § 851 u. s. w., oder sie betreffen das gesammte Rechtsverhältnis z. B. Familienfideikommisse und Lehen (Artikel 35 des Einführungsgesetzes), das Bergrecht (Artikel 35), das Wasserrecht (Artikel 39) u. s. w.

Die Tragweite ersterer Vorbehalte soll sich nach den « Motiven » lediglich aus der Fassung derselben bestimmen [1]. Da diese überall eine sehr präzise ist, so werden sich hier schwerlich Bedenken ergeben.

Dagegen soll der generelle Vorbehalt einer Materie alle Normen betreffen, welche diese Materie als Spezialrecht zum Gegenstande haben. Der Landesgesetzgebung ist damit das Recht eingeräumt, auch in Ansehung der allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches Sonderbestimmungen für die vorbehaltene Materie zu treffen. Ebenso bleiben für diese Materien alle Bestimmungen der Landesrechte in Kraft, welche sich, sei es im allgemeinen Teil, sei es im besonderen Teil der früheren Landesrechte als eigentümliche Ordnung dieser Materie, als « jus speciale », darstellen [2]. Dadurch ist den besonderen Bedürfnissen der einzelnen Gebiete in liberaler Weise Rechnung getragen.

Fehlen solche Bestimmungen des « jus speciale » in einer vorbehaltenen Materie, hat der Gesetzgeber eines Gebietes ein Bedürfnis Spezialbestimmungen aufzustellen für die betreffende Materie nicht empfunden, so gilt das Reichsrecht als « jus commune » auch für die vorbehaltene Materie. Die Vorbehalte allgemeiner Natur schliessen somit die betreffenden Materien vom Reichsrechte nicht aus, sondern nur deren besondere, eigentümliche Regelung.

Dagegen verliert der allgemeine Teil des Landesrechts überall seine Kraft. Es entspricht dies der Bedeutung der vorbehaltenen Materien. Denn dieselben bilden nicht ein einheitliches Ganze,

[1] Einführungsgesetz S. 148.
[2] a. a. O. S. 148—149, Artikel 3 des Einführungsgesetzes.

etwa wie das kantonale Nicht-Verkehrsrecht, sondern einzelne ohne alle Verbindung stehende Rechtsverhältnisse.

In den vorbehaltenen Materien ist nach den allgemeinen Bestimmungen auch das Reichsgericht insofern kompetent, als die Revision darauf gestützt wird, dass die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches, nicht die Sonderbestimmungen des Landesrechts verletzt seien (§ 511 R. C. P. O.) Infolge dessen steht auch zukünftig dem Reichsgerichte innerhalb dieser Grenze die Wacht darüber zu, ob eine Bestimmung des Landesrechts als «jus speciale» oder « jus commune » für die vorbehaltene Materie anzusehen sei.

Insofern es sich dagegen um das « jus speciale » handelt, ist die Competenz des Reichsgerichts lediglich nach der Kaiserlichen Verordnung vom 28. September 1879 zu beurteilen (R. G. Bl. S. 299 ff.).

Um Streitigkeiten zu vermeiden empfiehlt sich aber, die Bestimmungen der Motive über die Bedeutung der Vorbehalte in den Gesetzestext aufzunehmen, die allgemeine Fassung des Artikels 32 in dieser Hinsicht zu präcisieren.

Desgleichen dürfte dem Artikel 32 der Zusatz zu geben sein, dass die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze nur « bis auf weiteres » in Kraft bleiben. Es ist alsdann in der Folge, sobald sich für eine vorbehaltene Materie das Bedürfnis nach reichsgesetzlicher Regelung ergiebt, auch jeder Zweifel über die Verfassungsmässigkeit einer solchen Regelung ausgeschlossen.

## § 5.

## Die widerrechtliche Ausübung eines Rechts.

Aus den in § 3 und 4 entwickelten Grundsätzen folgt, dass derjenige, welcher ein ihm durch die entsprechende Bestimmung des Gesetzes gewährte Berechtigung ausübt, eine widerrechtliche

Handlung nicht begeht: « Qui jure suo utitur, nemini facit injuriam ».

Diesen Grundsatz hat das römische Recht in einer Reihe von Entscheidungen noch ausdrücklich anerkannt. So sagt z. B. l 13 § 1 D. de injuriis 47, 10 ganz allgemein:

« Juris executio non habet injuriam »,

l 151 D. de regulis 50, 17 insbesondere für das Delikt der Sachbeschädigung (damnum injuria datum):

« nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod jus non habet »,

und l 55 eodem für das Delikt der Arglist (dolus):

« Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur ».

Auch die schweizerische Jurisprudenz schliesst allgemein die Widerrechtlichkeit dort aus, wo sich der Handelnde in Ausübung eines Rechts befindet [1].

Die Motive zum deutschen Entwurfe (Bd. II S. 726) formulieren dies in folgender Weise:

Durch ein dem Handelnden zustehendes eigenes Recht die Handlung vorzunehmen, wird die Widerrechtlichkeit ausgeschlossen, weil das Recht eines Anderen stets als Beschränkung des eigenen Rechts zu verstehen ist.

Selbstverständlich ist die Handlung in ihrer Totalität, nicht der einzelne Akt der physischen Bewegung zu betrachten, wenn deren Rechtlichkeit in Frage steht.

Dies verkennt Georg Schmidt (a. a. O. S. 1192) vollständig. Er hält sich zu eigentümlichen Schlussfolgerungen deshalb berechtigt, weil der Entwurf hier ausnahmsweise im Einklange mit der in § 3 entwickelten Ansicht das Kriterium, ob eine Handlung erlaubt sei, in die Person des Handelnden setzt. Er sagt nämlich:

Wenn also Jemand ein ihm eigentümlich gehöriges oder

[1] *A. Schneider* und *H. Fick*, Das schweizerische Obligationenrecht, II. Ausgabe, Anm. 2 zu Art. 50, S. 115. *J. Haberstich*, Handbuch des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, S. 175, 176, *V. Rossel*, Manuel du Droit fédéral des Obligations, S. 88, Nr. 72.

wenigstens in seinem Eigentumsbesitze befindliches Streichholz an der dafür bestimmten Reibfläche entzündet, so übt er jedenfalls ein aus seinem dinglichen Rechte fliessendes besonderes Recht aus, welches weder durch Gesetz oder durch Rechte Dritter beschränkt ist. Springt nun von diesem Streichhölzchen die Kuppe ab und setzt den Rock eines Anderen in Brand, so hat der Geschädigte keinen Ersatzanspruch. Wenn ferner der Eisenbahn-Unternehmer einen Zug fahren lässt, dessen Lokomotive zu diesem Zwecke selbstverständlich geheizt werden muss, so übt er damit ebenfalls ganz unzweifelhaft ein aus seinem Eigentume und beziehentlich aus der staatlichen Genehmigung fliessendes besonderes Recht aus. Also hat er den Brandschaden nicht zu ersetzen, der durch die aus seiner Lokomotive sprühenden Funken verursacht wird. Entspricht dieses Resultat dem Rechtsbewusstsein?

Gewiss nicht! antworte ich mit voller Ueberzeugung Georg Schmidt. Die Frage hat nämlich zu lauten: Ist der A berechtigt in dem einen Falle, den Rock eines Dritten durch Hantierung mit seinen Streichhölzern, in dem anderen Falle das Haus des Dritten durch Hantierung mit seiner Lokomotive in Brand zu setzen? Die Antwort wird nicht zweifelhaft sein. Schmidt konnte mit demselben Rechte beziehentlich Unrechte sagen: nach unserer Ansicht sei der, welcher mit seinem Degen in seinem Hause, mit seinen Steinen von seinem Grundstücke aus, mit seinem Gewehre in seinem Jagdgebiete jemanden « unvorhergesehen » töte, in Ausübung eines Rechts. Es bedarf wohl keiner weiteren Erörterung, dass solche Rechte das Eigentum nicht giebt.

Aber auch dort, wo jemand in der That ein Recht ausübt, kann er durch die Art der Ausübung einer Widerrechtlichkeit trotzdem sich schuldig machen. Aus dem Zwecke der Rechtsordnung folgt nämlich, dass die Ausübung eines Rechts dann von ihr missbilligt ist, wenn sie erfolgt durch eine Handlung, welche diesem Zwecke widerspricht.

Solche Handlungen erblickte das römische Recht in der Ausübung einer Berechtigung zu dem Zwecke, in der Absicht, nicht die in der Berechtigung gewährleistete Förderung zu geniessen, sondern den Frieden des Anderen zu stören, ihm zu schaden: (nihil laturus, nisi, ut officias [1], animo vicino nocendi, non . . . suum agrum meliorem faciendi [2], hoc animo, ut tibi noceat [3]). In dieser Hinsicht spricht l 38 D de rei vindicatione 6, 1 den allgemeinen Satz aus:

Neque malitiis indulgendum est, und Gajus I § 53:

Male enim nostro jure uti non debemus.

Nur eine chikanöse Ausübung eines Rechts galt demgemäss für das römisch-rechtliche Rechtsgebiet allgemein als widerrechtlich [4].

Die neueren Privatrechts-Codifikationen sind aber weiter gegangen. So hat schon das preussische Landrecht in der Einleitung § 90 bestimmt:

> « Wer ein Recht hat, ist zu allen Vorteilen, die er sich durch dessen *gesetzmässigen* Gebrauch verschaffen kann, wohl befugt ».

Als ungesetzmässige, widerrechtliche, « unerlaubte » Handlungen bezeichnet aber der § 87 daselbst alle Handlungen

> « welche durch natürliche oder durch positive Gesetze verboten werden ».

In § 90 der Einleitung hat das Landrecht somit den Gebrauch eines Rechts allgemein als ungesetzmässig, als widerrechtlich erklärt, welcher gegen die natürlichen Gesetze verstösst. Die preussische Jurisprudenz hat allerdings die Folgerung aus diesen Bestimmungen für die Schadensersatzpflicht nicht gezogen [5]. Sie

[1] l 38 D de rei vend. 6, 1.

[2] l 1 § 12 D de aqua et aquae pluv. arcend. 39, 3.

[3] l 2 § 9 D eodem und l 2 § 5 eodem.

[4] So heute *Windscheidt*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, § 121, S. 342 und Anm. 31, *Dernburg*, Pandekten, Bd. I, § 41, S. 89 ff., insbesondere Anm. 7, *Baron*, Pandekten, § 75, S. 139 ff.; die frühere Auffassung war eine viel eingeschränktere.

[5] Vergl. die sehr eingehende Darstellung von *L. Træger* in Gruchot's Beiträgen, Bd. 36, S. 196 ff.

hat sich vielmehr ausschliesslich angeklammert an die ausdrück-lichen Bestimmungen der §§ 36 und 37 A. L. R. I. 6, welche besagen :

§ 36 Wer sich eines Rechtes innerhalb der gehörigen Schranken bedient, darf den Schaden, welcher einem Andern daraus entstanden, nicht ersetzen.

§ 37 Er muss aber denselben vergüten, wenn aus den Umständen klar erhellet, dass er unter mehreren möglichen Arten der Ausübung seines Rechts diejenige, welche dem Anderen nachteilig wird, in der Absicht, denselben zu schädigen, gewählt habe.

Aus diesen Vorschriften hat nämlich die preussische Praxis unter Hinwegsetzung über die obigen Paragraphen der Einleitung gefolgert, dass die Ausübung eines Rechts sich « innerhalb der gehörigen Schranken » vollziehe, wenn die Bestimmung des § 37 nicht ausser Acht gelassen werde. Die Wirkung der Vorschriften der Einleitung ist damit im Wesentlichen beseitigt; nur die « chikanöse » Ausübung im Sinne des § 37 ist widerrechtlich.

Lässt man dagegen den Bestimmungen der Einleitung ihren Wert, so gelangt man zu einer ganz anderen Interpretation der §§ 36 und 37 A. L. R. I. 6. Alsdann besagen dieselben, dass selbst dann, wenn die Ausübung des Rechts nach der positiven Rechtsordnung und den natürlichen Gesetzen erlaubt ist, doch die Art derselben widerrechtlich wäre, welche unter § 37 fällt. Dass dieses der Sinn der §§ 36 und 37 A. L. R. I. 6 ist, ergiebt sich auch aus deren Anwendung in den einzelnen Titeln des Gesetzbuches, z. B. in § 20 A. L. R. I. 19 (Rechte auf fremdes Eigentum überhaupt) :

Kann das Recht, mit gleicher Wirkung für den Berechtigten auf mehr als eine Art ausgeübt werden, so ist allemal diejenige zu wählen, welche dem Eigentümer am wenigsten lästig oder nachteilig ist,

oder in § 29 A. L. R. I. 22 (von Gerechtigkeiten der Grundstücke gegen einander) :

> Eine Grundgerechtigkeit, welche ohne Nachteil des Berechtigten auf einen bestimmten Teil des belasteten Grundstücks ausgeübt werden kann, muss auf Antrag des Verpflichteten auf diesen Teil eingeschränkt werden.

Die §§ 36 und 37 A. L. R. I. 6 enthalten somit nicht die Beseitigung und Einschränkung des in der Einleitung gegebenen Prinzips, sondern die strenge Durchführung desselben für einen zweifelhaften Fall der Chikane. (Vergleiche auch § 27 A. L. R. I. 8.)

Der Code civil français, welcher für das schweizerische Recht vorbildlich gewesen ist, enthält detaillierte Bestimmungen über die Frage, wann die Ausübung eines Rechts widerrechtlich sei, überhaupt nicht. Hier hat « die schöpferische Kraft der französischen Jurisprudenz » eingesetzt. Dieselbe hat aus Artikel 5 der déclaration des droits de l'homme et du citoyen vom 26. August 1789:

> La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société,

einerseits, aus Artikel 1382 des Code civil

> Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer,

anderseits, nicht blos den Satz geschaffen, dass jede Ausübung eines Rechts, welche gegen die natürlichen Gesetze, insbesondere die Lauterkeit (loyalité) des Verkehrs verstosse, nicht gemeinförderlich (nuisible à la société), und daher gesetzeswidrig sei, sondern auch dass eine solche Ausübung zum Schadensersatze verpflichte.

Dieser Satz hat namentlich einen wirksamen Schutz gegen Lug und Trug und unlautere Ausbeutung im Verkehrsleben, insbesondere gegen die sogenannte concurrence déloyale gegeben.

Das schweizerische Gesetzbuch hat aber mit der « widerrechtlichen » Schadenszufügung des Artikels 50 auch die widerrechtliche Ausübung eines Rechts im Sinne der französischen Jurisprudenz erfassen wollen. Die Motive zum Gesetze, sowie Theorie und Praxis lassen darüber keinen Zweifel.

Dieser Auffassung der französischen Jurisprudenz und des schweizerischen Gesetzes hat sich auch der deutsche Entwurf nicht

entziehen können. Derselbe hat in einem besonderen Paragraphen zu der Frage, wann die Ausübung eines Rechts widerrechtlich sei, Stellung genommen.

Der Entwurf sagt nämlich in § 705:

> Als widerrechtlich gilt auch die kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung, wenn sie einem Anderen zum Schaden gereicht und ihre Vornahme gegen die guten Sitten verstösst.

Ueber die Bedeutung dieses Paragraphen sprechen sich die Motive mit folgenden Worten aus (Bd. II, S. 727):

> Wer ein besonderes Recht ausübt, muss zwar immer haftfrei sein, auch wenn er aus Chikane handelt, wer dagegen nur kraft seiner natürlichen Freiheit handelt, darf diese nicht zum Schaden Anderer missbrauchen; ein Missbrauch ist es aber, wenn seine Handlungsweise den in den guten Sitten sich ausprägenden Auffassungen und dem Anstandsgefühle aller billig und gerecht denkenden widerspricht. Als widerrechtlich gilt hiernach auch die kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte, aber illoyale, gegen die guten Sitten verstossende Handlungsweise, wenn sie einem Anderen zum Schaden gereicht.

Nach den Motiven, wie nach dem Wortlaute des Paragraphen ist somit ein wesentlicher Unterschied gemacht zwischen der unsittlichen Ausübung eines besonderen Rechts und eines aus der allgemeinen Freiheit fliessenden Rechts. Derjenige, der « besondere Rechte » hat, mit anderen Worten der « Besitzende » darf « unsittlich » den Besitzlosen mit seinem besonderen Rechte chikanieren und quälen. Dagegen hat der Besitzlose, welcher im Wesentlichen auf die allgemeine Freiheitsrechte beschränkt ist, sich hübsch loyal und sittlich zu betragen. Selbst die Schranke, welche das römische Recht dem Besitzenden bei der Chikane setzte, ist somit in dem Entwurfe glücklich beseitigt [1].

[1] A. a. *Zittelmann*, in *Bekker* und *Fischer's*, Beiträgen, Heft 9-10: Die Rechtsgeschäfte im Entwurfe, S. 42.

Man wird sich mit Recht fragen: Wie kommt der Entwurf zu einem solchen Resultate? Eine richtige Antwort giebt nur das Bestreben des Entwurfs, dem Besitzenden möglichst grosse, unbeschränkte Rechte selbst auf Kosten der guten Sitte einzuräumen. Denn die in den Motiven angegebenen besonderen Gründe für die Bestimmung des Entwurfs sind in keiner Weise stichhaltig. Zunächst ist der Unterschied zwischen den besonderen und allgemeinen Rechte nicht ein tief einschneidender. Beide beruhen auf der Rechtsordnung, den Gegenstand beider bilden die « irdischen » Güter. Nicht selten gehen auch beide in einander über, so dass eine Scheidung nicht möglich ist, z. B. bei gewissen Rechten des Gemeindebürgers. Von beiden Arten verdient dazu de lege ferenda, unzweifelhaft die Ausübung des allgemeinen Freiheitsrechts den ausgedehnteren Schutz.

Die Motive suchen allerdings an einer anderen Stelle das Gegenteil zu beweisen (Bd. I, S. 274 ff). Dort heisst es nämlich unter Bezugnahme auf die « besonderen Rechte »:

> Die Rechte sind dazu da, die Befriedigung wirklicher Bedürfnisse und die Erreichung fördernswerter Zwecke zu ermöglichen. Der Rechtsordnung fällt deshalb die Aufgabe zu, nur solche Rechte anzuerkennen, welche an sich geeignet sind, dem Wohle der menschlichen Gesellschaft zu dienen. Wer aber ein ihm zustehendes Recht geltend macht, macht einen auch nach der Seite des Interesses anerkannten Willensinhalt geltend . . . Es ist nicht räthlich, einem Streite über die Beschaffenheit des Interesses, welches der Berechtigte an der Ausübung des Rechtes hat und dessen Vorhandensein er durch die Thatsache des Ausübens bekundet, die Thür zu öffnen . . . Missliche Prozesse würden veranlasst und durch Entscheidungen erledigt, die ihrem materiellen Gehalte nach nicht selten von zweifelhaftem Werthe sind. Dazu kommt, dass das, was zur Abwehr des Missbrauches verordnet wird, zur Bestreitung rechtmässiger Ausübung, zur Rechtskränkung, missbraucht werden kann.

Hiergegen ist zunächst zu bemerken, dass alles, was hier von der chikanösen Ausübung eines besonderen Rechts gesagt ist, auch für die unlautere Ausübung eines allgemeinen Freiheitsrechts angeführt werden kann. Der § 705 hätte somit keine Berechtigung.

Unrichtig ist aber auch der Satz, dass derjenige, welcher ein Recht geltend mache, stets auch einen von der Rechtsordnung anerkannten Willensinhalt geltend mache. Denn dieser Willensinhalt kann, wie es bei jeder unlauteren, insbesondere chikanösen Ausübung der Fall ist, sich direkt gegen die Rechtsordnung, gegen deren Zweck, das allgemeine Wohl und den Frieden der Einzelnen wenden. In solchen Fällen ergiebt sich aus der Rechtsordnung trotz der Anerkennung des Rechts als solchen die Missbilligung der unsittlichen Ausübung dieses Rechtes.

Die weitere Erwägung der Motive aber, dass das Verbot der unsittlich-chikanösen Ausübung eines besonderen Rechts zu Rechtskränkungen missbraucht werden könne, wird durch die Praxis widerlegt. Diese Erwägung erscheint als übertriebene Fürsorge für die Macht des wirtschaftlich-Mächtigeren. Damit der wirtschaftlich Mächtige nicht von dem Besitzlosen oder wirtschaftlich-Schwächeren gekränkt werde, wird seine Machtfülle auf Kosten der Sittlichkeit noch erhöht.

Dazu kommt, dass Entscheidungen von « zweifelhaftem Werte » in Deutschland bis heran in der Regel auf Kosten von Sitte und Moral nach dieser Richtung gefällt sind. Zu einem Misstrauen nach der entgegengesetzten Seite lag dagegen für die Motive ein Grund nicht vor. Endlich schlagen sich die Motive auch noch mit ihren eigenen Worten : Es heisst nämlich B. I der Motive S. 275 :

> Die chikanöse Ausübung eines Rechts unmittelbar oder mittelbar im Gesetze als zulässig zu bezeichnen, ist weder notwendig, noch räthlich ; letzteres nicht, weil in einer solchen Bestimmung leicht eine Billigung dieses offenbar unsittlichen Verhaltens gefunden werden könnte.

Nun sagen die Motive B. II S. 725 aber ausdrücklich :

> Was nicht widerrechtlich ist, ist erlaubt.

Der § 705 erklärt aber die chikanöse Ausübung eines besonderen Rechts (« mittelbar ») nicht als widerrechtlich. Das Gesetz thut also in § 705 gerade das, was die Motive (Bd. I S. 275) für nicht räthlich erklären.

Demgemäss hat die Kritik fast ganz allgemein die Fassung des § 705 und deren Begründung verworfen [1]. Es wird verlangt, dass das neue Gesetzbuch jede unsittliche, und zwar sowohl unlautere, wie chikanöse Ausübung eines Rechts, mag es die eines allgemeinen oder besonderen Rechts sein, als widerrechtlich behandle. Sehr treffend sagt in dieser Beziehung gerade für das « besondere » Recht Fels :

> Mehr als jemals erscheint es heute, wo die Gegensätze zwischen den Besitzenden und den Besitzlosen immer schärfer werden, geboten, soweit es unbeschadet des Begriffes des erworbenen Privatrechts geschehen kann, das egoistische Element in demselben abzuschwächen und dadurch dazu beizutragen, dass in dem Berechtigten das Bewusstsein wach erhalten werde, dass er sein Privatrecht nur soweit gebrauchen soll und nur insoweit den Schutz der Rechtsordnung für sich anrufen kann, als es dem Interesse der allgemeinen Rechtsordnung nicht direkt entgegentritt [2].

Der § 705 ist demgemäss auf alle unsittliche Handlungen, mögen sie unlauter oder chikanös sich nennen, auszudehnen. Es genügt aber in dieser Beziehung, wenn in § 704 nach dem Wörtchen « widerrechtlich » die beiden Worte « oder unsittlich » eingefügt werden. Der § 705 fällt alsdann fort.

[1] Vergl. *Gierke* S. 263 ff., von *Liszt* S. 35 ff., *G. Schmidt*, S. 1194 ff., *Hartmann*, der Civilgesetzentwurf, das Aequitätsprinzip und die Richterstellung im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 73 S. 309 ff., insbesondere S. 342 ; selbst *G. Planck*, der in hervorragender Weise nicht blos als Mitglied der Kommission, sondern auch als Redaktor eines Teils des Entwurfs (Familienrecht) an der Ausarbeitung desselben teilgenommen, erkennt an, dass es sich hier um eine sehr zweifelhafte Frage handle, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 75, S. 393.

[2] *Fels*, die ausserkontraktliche Schadensersatzpflicht in *Gruchot's* Beiträgen Bd. 35, S. 17 ff.

## § 6.

## Die Einwilligung des Beschædigten.

Die Einwilligung des Beschädigten hat für die Widerrechtlichkeit der Handlung eine verschiedene Bedeutung, je nachdem man das Moment der Widerrechtlichkeit in einem Eingriffe in die Rechte des Beschädigten oder in der Ueberschreitung des eigenen Rechtes findet.

Die Vertreter der ersteren Ansicht müssen notwendig zu dem Schlusse gelangen, dass die Einwilligung des Beschädigten oder der mehreren Beschädigten einer Handlung für das Gebiet des Schadensersatzes den Charakter der Widerrechtlichkeit nehme. Denn durch die Einwilligung des Rechtsträgers hört die Handlung für ihn auf ein Eingriff in seine Rechte zu sein: Volenti non fit injuria. Bei dieser Auffassung verliert die Handlung für das Gebiet des Schadensersatzes selbst dann den Charakter der Widerrechtlichkeit, wenn sie für das Gebiet des Strafrechts nicht bloss widerrechtlich, sondern sogar strafbar ist z. B. die Tödtung mit Einwilligung des Getödteten, schwere Verstümmelung behufs Abwendung der Militärpflicht u. s. w.

Sieht man dagegen die Widerrechtlichkeit einer Handlung in der Ueberschreitung des eigenen Rechtsgebietes, so ist das Resultat ein ganz anderes. Alsdann vermag die Einwilligung des Beschädigten nur insoweit einer Beschädigung den Charakter der Widerrechtlichkeit zu nehmen, als die Rechtsordnung ein Verfügungsrecht über das beschädigte Rechtsgut für Dritte zulässt. Nur, wo Letzteres zutrifft, bewirkt die Einwilligung des Beschädigten, dass der Beschädiger in Ausübung eines von der Rechtsordnung

anerkannten Rechtes handelt. Insoweit dagegen die Rechtsordnung einen Verfügungsvertrag über das beschädigte Rechtsgut als unsittlich ansieht oder sogar ausdrücklich verbietet, ist auch die Einwilligung des Beschädigten eine unsittliche oder verbotene Handlung. Dieselbe kann dem Schädiger daher auch ein Recht zu der Beschädigung in keiner Weise geben. Die Einwilligung hat in diesen Fällen nur noch Bedeutung für die Frage der Mitschuld des Beschädigten.

Mit Unrecht hat man behauptet, das römische Recht habe den allgemeinen Satz aufgestellt: Volenti non fit injuria. Die Stellen [1], welche man für diese Behauptung angeführt hat, beziehen sich alle auf Rechtsgüter, über welche die römische Rechtsordnung dem Rechtsträger die volle Vertragsfreiheit einräumte. Es spricht nämlich l 9 § 1 in fine D 39, 3 de aqua et aquæ pluviæ arcendæ, welche den Satz enthält:

> Nullam enim potest videri injuriam accipere, qui semel voluit,

von der aquæ cessio bei dem Verkauf des Grundstücks; die l 7 § 4 in fine D 9, 2 ad legem Aquiliam, welche sagt:

> .... Si domino committente hoc factum est, tunc enim Aquilia cessat,

von der Tödtung des Sklaven (Ulpianus) und endlich die von Hefke noch angezogene l 145 D 50, 17 de regulis juris von Handelsgeschäften oder dergleichen, wenn sie sagt:

> Nemo videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt.

Das schweizerische Obligationenrecht enthält über die Bedeutung der Einwilligung des Beschädigten weder in seinem Texte noch in seinen Motiven einen direkten Hinweis. Der Rechtswissenschaft ist also die Entscheidung auch in dieser Frage überlassen. Zu leugnen ist nicht, dass die Theorie wie Praxis in der Schweiz dazu hinneigen, generell bei der Einwilligung des Beschädigten die Widerrechtlichkeit zu verneinen [2].

[1] *Hefke,* Das Wesen des damnum injuria datum, Archiv für praktische Rechtswissenschaft, N. F. Bd. 14, S. 351 ff.
[2] Vergl. z. B. *Fick* und *Schneider,* a. a. O. Anm. 55 zu Artikel 50 und die dort Citierten, *Rossel* Nr. 74, S. 90.

Für das schweizerische Rechtsgebiet ist diese Frage namentlich von grosser Bedeutung für die Entschädigungsklage der geschwängerten Mutter. In einem Teile der Schweiz, und zwar sowohl in protestantischen, wie in katholischen Landesteilen sieht das Rechtsbewusstsein des Volkes in der ausserehelichen Schwängerung, stärker wie sonst gewöhnlich, eine rechtlich-unsittliche That. Eine Reihe von Gesetzgebungen, so in Graubünden, Luzern, Obwalden, Zug, Appenzell bestrafen sogar die aussereheliche Schwängerung als besonderes Delikt. Andererseits haben aber diese Kantone zum Teil im Anschluss an die römisch-rechtliche Auffassung die Klage aus der Vaterschaft sowohl, wie aus der Defloration sehr beschränkt.

In den romanischen Kantonen dagegen, in Genf, Neuenburg, Waadt und Tessin ist von der Gesetzgebung das französisch-italienische Prinzip adoptiert. « La recherche de la paternité est interdite ». Neuenburg ist sogar soweit gegangen die Ausnahme, welche das französische Gesetzbuch und mit ihm auch die Gesetzbücher von Genf, Waadt und Tessin zulassen ; den cas d'enlevement auszuschliessen. Der Artikel 239 des Code civil von Neuenburg verbietet jede gerichtliche Feststellung der Vaterschaft : La reconnaissance ne peut jamais être le résultat d'un jugement.

Es fragt sich nun, ob der Artikel 50 des eidgenössischen Obligationenrechts hier eine gewisse Einheit geschaffen. Dies würde der Fall sein, wenn die Defloration oder Schwängerung nicht durch die Einwilligung der Geschwächten den Charakter der Rechtswidrigkeit verliert. Denn dann ist, falls ein besonderer Schaden durch die Schwächung der Frauensperson zugefügt ist, der Verursacher haftpflichtig, wenn die That nach der Rechtsordnung des Kantons als eine « widerrechtliche » sich qualificiert. Inwieweit letzteres der Fall, ist für den einzelnen Kanton besonders zu untersuchen. Die Einwilligung der Geschwächten hat alsdann natürlich aber auch die Anwendung des Artikels 51, Absatz 2 zur Folge :

> Ist auch dem Beschädigten ein Verschulden beizumessen, so kann der Richter die Ersatzpflicht nach Verhältnis ermässigen oder gänzlich von derselben entbinden.

Oben ist aber die grundsätzliche Richtigkeit unserer Auffassung über das was die « Einwilligung » bedeute, dargethan. Dass diese Auffassung auch das schweizerische Obligationenrecht hat adoptieren wollen, zeigen seine Motive an einem Beispiele. Dieselben (S. 39) sprechen nämlich von dem Fall, dass ein ehrbares Mädchen durch falsche Vorspiegelungen zu einer Verlobung mit einem verheiratheten Manne verleitet worden sei. Trotz der « Einwilligung » des Mädchens geben die Motive eine Entschädigungsklage. Das eidgenössische Obligationenrecht [1] hat somit die Wirkung, dass dort, wo aus römisch-rechtlichen Erwägungen oder französisch-naturalistischen Anschauungen eine widerrechtliche Schadenszufügung für die geschwächte oder geschwängerte Frauensperson ohne Vergeltung blieb, der Gerechtigkeit freien Lauf gelassen ist.

Die Ansicht, dass das eidgenössische Recht vor dem Rechte der wälschen Kantone sich habe beugen wollen, und also das Verbot der « recherche de la paternité » auch für das eidgenössische Recht massgebend sei, oder dass die Klage aus einer Schwächung oder Schwängerung eine familienrechtliche sei, bedarf wohl keiner ausführlichen Widerlegung. Denn es fehlt bezüglich der ersteren Frage jeder Vorbehalt zu Gunsten der Kantone im eidgenössischen Rechte. Mit demselben Rechte aber, mit welchem man die Klage auf Schadensersatz aus dem ausserehelichen Beischlaf eine familienrechtliche nennt, könnte man auch die Klage des ehelichen Sohnes auf Entschädigung wegen Tödtung seines ehelichen väterlichen Ernährers eine familienrechtliche nennen.

Der deutsche Entwurf hat in einem besonderen Paragraphen zu der Lehre von der Einwilligung Stellung genommen. Es sagt nämlich § 706 des Entwurfs :

> Hat der Beschädigte in die beschädigende Handlung eingewilligt, so steht ihm ein Anspruch auf Schadensersatz nicht zu.

[1] Eine ähnliche Wirkung hat auch die französische und italienische Judikatur (durch Anwendung der Lehren vom Schadensersatze auf die aussereheliche Schwängerung) bekanntlich erzielt.

Die Motive (Bd. II, S. 730) gehen zwar davon aus, dass die beschädigende Handlung durch die Einwilligung bald die Eigenschaft der Widerrechtlichkeit verliere, bald trotz der Einwilligung eine widerrechtliche bleibe. Die Motive nehmen somit die oben adoptierte Ansicht in der Sache selbst als die richtige an. Aber trotzdem haben die Motive bezüglich der Entschädigungspflicht, wie die Fassung des § 706 zeigt, den Satz: Volenti non fit injuria gutgeheissen. Dieser auffallende Vorgang erklärt sich daraus, dass die Motive die Einwilligung schlechthin als ein «einseitiges» an sich rechtsbeständiges «Rechtsgeschäft [1]» ansehen. Insofern aber die beschädigende Handlung durch die Einwilligung den Charakter der Widerrechtlichkeit nicht verliert, ist die Einwilligung ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstösst, z. B. Einwilligung in die Tödtung u. s. w. Dasselbe ist daher (gemäss § 106 des Entwurfs) nichtig. Es kann daher keinerlei Wirkung, auch nicht gegen den Einwilligenden haben. Demgemäss ist der ganze § 706 des Entwurfs als verfehlt anzusehen.

Einen richtigen Ausweg aus diesem Irrgang bietet die Streichung des § 706. Es bleibt alsdann die Thatsache, dass die Einwilligung nicht schlechthin nach Ansicht des Gesetzgebers die Widerrechtlichkeit aufhebt. Zur Würdigung der «Einwilligung» bietet bei diesem Verfahren der § 222 eine genügende Handhabe. Derselbe besagt nämlich:

> Hat bei Entstehung des von einem Anderen verschuldeten Schadens eine Fahrlässigkeit des Beschädigten, wenn auch nur in Ansehung der Abwendung des Schadens, mitgewirkt, so hat das Gericht nach den Umständen des Falles zu ermessen, ob und in welchem Umfange der Andere zum Schadensersatze verpflichtet sei. Das Gericht hat bei der Entscheidung insbesondere zu würdigen, ob und inwiefern das Verschulden des Anderen oder die Fahrlässigkeit des Beschädigten überwogen hat.

[1] Motive, Bd. II, S. 730 a. f.

Das so erlangte Resultat giebt für den Entwurf auch eine befriedigende Lösung in der Frage nach der Entschädigung der Geschwängerten. Der Entwurf selbst hat bereits in den §§ 1571-1578 für die Unterhaltungspflicht des unehelichen Vaters seinem Kinde und dessen Mutter gegenüber durchaus erschöpfende und befriedigende Bestimmungen getroffen. Dagegen hat derselbe die sogenannte Deflorationsklage mit Schweigen übergangen und in seinen Motiven (Band IV, Seite 914 ff.) ausdrücklich verworfen (sofern nicht durch Vollziehung des Beischlafes eine im Strafgesetzbuche vorgesehene strafbare Handlung begangen ist). Der Entwurf geht sogar in seinen Motiven soweit, dass er einen Entschädigungsanspruch selbst dann versagt,

> wenn der Verführer, um die Frauensperson zur Gestattung des Beischlafes zu bewegen, seine Autorität missbraucht, auf Täuschung beruhende Versprechungen gemacht und sonstige arglistige Mittel nicht gescheut hat (S. 914);

und zwar auch wenn diese Mittel während des Brautstandes von Seiten des Verlobten angewendet sind. Den juristischen Grund für diese Ansicht finden die Motive in der « Einwilligung der Geschwächten in die unsittliche Handlung ».

Eine solche Einwilligung verstösst aber gewiss hier gegen die guten Sitten. Dieses « Rechtsgeschäft » fällt also unter den oben bereits citierten § 106 des Entwurfs, der besagt :

> Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die gute oder die öffentliche Ordnung verstösst, ist nichtig.

Der schurkische Urheber der unsittlichen Handlung kann sich also auf dieses « nichtige » Rechtsgeschäft nicht berufen, wenn der § 706 gestrichen ist.

Im Uebrigen bietet der oben citierte § 222 des Entwurfs genügende Sicherheit, dass nur der vollständig Schuldige getroffen werde. Einer besonderen Bestimmung bedarf es also für die Deflorationsklage auch nach Streichung des § 706 nicht.

## § 7.

## Die sogenannten Notrechte.

Als Prüfstein für die Richtigkeit dessen, was über die Widerrechtlichkeit ausgeführt worden, sind häufig die sogenannten Notrechte benutzt. Es sei daher gestattet, auch die vorliegende Arbeit mit der Erörterung der « Notrechte » zu schliessen.

Unter den sogenannten Notrechten werden Notwehr und Notstand begriffen, das heisst : das Recht, einen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwehren, und das Recht, im Falle höherer Gewalt oder Zufalls aus begründeter Besorgnis einer gegenwärtigen Gefahr für Leib und Leben (beziehentlich für das Vermögen) sich über entgegenstehende Rechte (beziehentlich Vermögensrechte) eines Dritten hinwegzusetzen.

Den Handlungen der Notwehr und des Notstandes ist einmal gemeinschaftlich ihr Zweck, die Wahrung des gegenwärtigen Rechts, sei es auf Dasein und Unversehrtheit des Rechtsträgers, sei es auf Haben und Besitz eines Rechtsobjekts. Die Rechtsordnung kennt aber nicht den Satz : Der Zweck heiligt die Mittel. Der Zweck vermöchte daher auch die Handlungen der Notwehr und des Notstandes, wenn sie an sich widerrechtlich wären, zu rechtlichen nicht zu erheben.

Sodann ist den Handlungen der Notwehr und des Notstandes gemeinschaftlich ihre äussere Veranlassung, die gegenwärtige Gefahr, aus der ein anderes Entkommen nicht möglich ist, die « Not ». Aber es ist in dieser Not die Rechtslage dessen, der in Notwehr und dessen, der im Notstande handelt, eine verschiedene : Der in Notwehr Befindliche verlässt den Boden seines Rechtes

nicht, der im Notstande Befindliche dagegen setzt sich hinweg über die durch die Rechtsordnung [1] gesetzte Schranke seines eigenen Rechts.

Denn die Notwehrhandlung ist nichts anderes als die Ausübung des angegriffenen Rechts im Kampfe gegen das Unrecht. Die Rechtsordnung hat diese Ausübung aber dem Rechtsträger nicht genommen. Denn sie hat den Kampf gegen das Unrecht sich nur da vorbehalten, wo es sich um die Verhütung des zukünftigen Unrechts oder um den Rechtszustand nach dem thatsächlichen Siege des Unrechts handelt. Kraft der « ratio naturalis » ist das Recht zur Wehr in der Not daher dem Rechtsträger verblieben. Es würde auch dem Zwecke der Rechtsordnung sogar widerstreiten, wenn sie die Ausübung des Rechts « in der Not » dem Rechtsträger entziehen wollte. Denn diese Ausübung bewirkt, dass das Unrecht in seiner Entstehung niedergeschlagen, der Friede des Einzelnen gegen das Unrecht aufrecht erhalten wird. Dieses Resultat würde aber bei einem Verbote der Notwehr nicht zu erreichen sein. Selbstverständlich muss auch die Ausübung des Rechtes in der Notwehr innerhalb der durch die Rechtsordnung sanktionierten sittlichen Grenzen bleiben; sonst ist die Art der Ausübung unsittlich und damit widerrechtlich.

Ganz anders gestaltet ist dagegen die Rechtslage dessen, der im Notstande sich befindet. Hier handelt es sich nicht um die Ausübung eines Rechts, z. B. bei dem Sturme auf die Kornlager des Reichen in der Hungersnot; bei dem Ins-Meer-Werfen der Waaren des Dritten in der Sturmesnot, um die eigenen Waaren zu retten. Denn das Recht auf Leben oder das Recht auf Haben und Besitz der eigenen Waaren giebt nach der positiven Rechtsnorm nicht ein Eingriffsrecht über das eigene Rechtsgebiet hinaus in die Rechte Dritter. Um ein solches Eingriffsrecht und dessen Ausübung handelt es sich aber hier. Es zeigt dies deutlich die Thatsache,

[1] Die positive Rechtsordnung (das jus humanum) kann allerdings durch das jus natural ausser Kraft gesetzt werden: Vergl. Thomas von Aquin, Summa, II. 2. qu. 66. Art. 7. Hier handelt es sich nur um die positive Rechtsordnung (das jus humanum).

dass Notstand auf der einen, Notwehr auf der andern Seite nicht ausgeschlossen sind. Der Reiche, dessen Kornlager von der Masse geplündert werden sollen, wehrt den Eingriff ab. Er sieht vielleicht die Dauer der Hungersnot voraus. Gelingt der Sturm des Volkes, so werden auch er und die Seinigen verhungern.

Oder der Dritte, dessen Waaren ins Meer geworfen werden sollen, macht von der Notwehr Gebrauch. Seine Waaren sind viel kostbarer und viel leichter, als die dessen, der von seinem Notstande Gebrauch macht. Die Handlungen des Notstandes sind somit nicht an sich rechtlich.

Die Rechtslage dessen, der im Notstande handelt, ist vergleichbar der Lage dessen, der durch eine Drohung, welche mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben u. s. w. verbunden war, zu den betreffenden Handlungen genötigt ist. Verschieden ist nur die Veranlassung zu den betreffenden Handlungen; in dem Falle des Notstandes der Druck der Sachlage, in dem Falle der Nötigung der Druck einer andern Person. Dagegen ist der rechtliche Charakter der Handlung derselbe. In beiden Fällen ruft der Handelnde einen Durchbruch der vom Rechte gewollten Ordnung, eine Störung des Friedens des Dritten hervor, indem er sein eigenes Rechtsgebiet überschreitet.

Dagegen unterscheiden sich Handlungen derselben Art, welche ohne Notstand oder Nötigung begangen, von den Handlungen des Notstandes und der Nötigung wesentlich durch die Willensrichtung. Beim Notstande und der Nötigung ist der Wille lediglich und allein gerichtet auf die Abwehr der drohenden Gefahr; dieser Zweck vermag zwar nicht das objektive Unrecht zum objektiven Rechte zu erheben, aber demselben jede «Schuld» zu nehmen. Die Handlungen des Notstandes sind somit objektiv widerrechtlich, subjektiv entschuldbar.

Ein ganz anderes Resultat ergiebt sich aber, wenn man den Begriff der Widerrechtlichkeit in der Verletzung (der Rechte oder rechtlich geschützten Interessen) eines Dritten findet, und zwar wie für die Handlungen der Notwehr, so auch für die des Notstandes

Denn den Handlungen der Notwehr und des Notstandes ist gemeinschaftlich die verteidigungs- oder angriffsweise erfolgende Verletzung eines Dritten, sei es seines Rechtes auf Leben und Unversehrtheit, sei es seines Rechtes an oder auf eine bestimmte Sache. Infolge dessen bleibt der herrschenden Meinung nichts anderes übrig, als entweder die Handlungen der Notwehr und des Notstandes für an sich widerrechtlich zu erklären, oder aber einzugestehen, dass ihre Begriffsbestimmung sie hier im Stiche lässt. In der That haben die Vertreter der herrschenden Ansicht in den Handlungen der Notwehr und des Notstandes bald eine Widerrechtlichkeit « ohne Opposition gegen die Rechtsordnung » gesehen, bald « Ausnahmen » der von ihnen gegebenen Begriffsbestimmung, « singuläre Thatbestände, in welchen aus besonderen Gründen die Rechtswidrigkeit entfalle ». Dabei ist ein lebhafter Streit unter den Vertretern der herrschenden Meinung entbrannt, ob die « Opposition gegen die Rechtsordnung » oder die « Widerrechhtlickeit aus besonderen Gründen » bei den Handlungen der Notwehr und des Notstandes, oder nur bei den ersteren entfalle.

Das römische Recht steht im Wesentlichen auf dem Standpunkte unserer Ansicht. Es erklärt die Handlungen der Notwehr für objektiv rechtlich, die Handlungen des Notstandes dagegen für objektiv widerrechtlich, subjektiv entschuldbar.

Die römischen Quellen gehen zunächst davon aus, dass das Recht der Notwehr nicht auf einer besonderen Bestimmung der positiven Rechtsordnung sondern auf der naturalis ratio beruhe, infolge dessen allen positiven Rechtsordnungen gemein sei: So heisst es l 4 D. ad leg. Aquil. 9, 2:

> Adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere,

l 1 § 27 D. de vi 43, 16

> Vim vi repellere licere Cassius scribit, idque jus natura comparatur,

und l 45 § 4 D. ad leg. Aquil. 9, 2:

> Vim enim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt.

Die römischen Juristen sagen aber auch direkt, dass die Notwehrhandlung in Ausübung des angegriffenen Rechts (jure) geschehe: So wird z. B. gesagt l 1 § 4, l 3 D. de justitia et jure 1, 1:

> Jus gentium est, quo gentes humanæ utuntur, veluti — ut vim atque injuriam propulsemus. Nam jure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, *jure fecisse* existimetur,

§ 2 J. de lege Aquil. 4, 3:

> Injuria autem occidere intelligitur, qui *nullo jure* occidit. Itaque latronem, qui occidit non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potest;

und l 4 C. ad leg. Aquil. 9, 16:

> Si, ut allegas, latrocinantem peremisti, dubium non est, eum, qui inferendae caedis voluntate praecesserat, *jure* caesum videri.

Diesen positiven Zeugnissen von der Rechtlichkeit der Notwehrhandlung können jene Stellen nicht entgegengehalten werden, in welchen gesagt ist, dass die Notwehrhandlung nicht als Delikt anzusehen sei, weil dem Thäter die Schuld fehle [1]. Denn diese Stellen schliessen in keiner Weise aus, dass der betreffende Jurist den Thäter desshalb für schuldlos (sine culpa) erachtet hat, weil die Handlung in Ausübung eines Rechts (jure) erfolgt sei. Eine solche Auffassung liegt dem römischen Juristen näher als uns, weil die « injuria » ihnen vor allem die schuldhafte [2] Widerrechtlichkeit ist, und der Begriff der Schuld ihnen geläufiger war, als der der Widerrechtlichkeit. Andererseits würden die oben mitgeteilten Stellen eine ausgesprochene Unrichtigkeit enthalten, wenn die letzt erwähnten Stellen besagen würden, dass die Notwehrhandlungen nicht jure, sondern contra jus erfolgten, objektiv widerrechtlich, nur die Thäter subjektiv sine culpa seien. Ebensowenig lässt sich aus Aeusserungen aus der Kaiserzeit, in

[1] Vergl. z. B. l 4, l 5 § 1 (auch pr.) D. ad leg. Aqu. 9, 2, l 3 C. ad leg. Cornel. 9, 16.
[2] Vergl. z. B. l 5 § 1, l 30 § 3 D. ad leg. Aqu. 9, 2, Gajus, Institut. III. § 211, l 1 pr. D. de injur. 47, 10.

denen von einer Duldung (quod fecit passus est) der Notwehrhandlung die Rede ist [1], folgern, dass diese Duldung früher der Rechtsordnung fremd gewesen und erst neuerdings zum Durchbruch gelangt sei. Viel näher liegt hier die Annahme, dass diese Stellen zum Ausdruck haben bringen wollen, dass die Rechtsordnung die Ausübung des Rechts in der Not « *dulde* » im Gegensatz zu « *verbieten* ». Auch die häufige Formulierung des Prinzips im corpus juris spricht für die unbestrittene Geltung desselben in früherer Zeit.

Die römischen Juristen gehen aber davon aus, dass der rechtswidrige Angriff bei der Notwehr lediglich von einer Person erfolgen könne. Sie schliessen daher den Begriff der Notwehr dort aus, wo es sich um den Angriff eines Thieres (z. B. bei der Tollwuth) oder einer leblosen Sache (z. B. bei der Feuersbrunst) handelt. Eine solche Auffassung entspricht dem Geiste des römischen Rechts, für welches ja auch bei der actio de pauperie « id, quod nocuit » nicht der Herr ist, der keine genügende Fürsorge getroffen hat, sondern das Thier selbst (id est id animal, quod noxiam commisit: l 1 pr. D. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur 9, 1).

Die römischen Juristen bringen infolge dessen den Fall, wo die Feuersgluth des Nachbarhauses das Gebäude des Anliegers ergreift, ganz allgemein unter den Begriff des Notstandes, nicht auch der Notwehr. Diese sogenannte Brandnot ist sogar der einzige « Notstand » mit dem sich das corpus juris eingehender befasst.

Aus den betreffenden Stellen ergiebt sich aber auch, dass die Handlung des « Notstandes » den römischen Juristen objektiv widerrechtlich, aber subjektiv entschuldbar ist.

Es sagt nämlich zunächst l 7 § 4 D. quod vi 43, 24:

> Est et alia exceptio, de qua Celsius dubitat, an sit objicienda, utputa si incendii arcendi causa vicini aedes intercidi, et quod vi aut clam mecum agatur aut damni injuria. Gallus

[1] z. B. l 12 § 1 D. quod metus causa 4, 2.

enim dubitat, an effici opporteret: quod incendii defendendi causa factum sit. Servius autem ait, si id magistratus fecisset, dandam esse; *privato non esse idem concedendum;* si tamen quod vi aut clam factum sit neque ignis usque eo pervenisset, simpli litem aestimandam, si pervenisset, absolvi eum opportere. Idem ait esse, si damni injuria actum foret, quoniam nullam injuriam aut damnum dare videtur aeque perituris aedibus. Quodsi nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit, non idem erit dicendum, quia non ex postfacto, sed ex praesenti statu damnum factum sit, necne, aestimari oportere Labeo ait.

Diese viel umstrittene Stelle dürfte wohl folgendermassen auszulegen sein: Das römische Recht giebt dem durch die Feuersnot bedrängten Eigentümer ein Recht, das gefahrdrohende Haus des Nachbars niederzureissen, nicht; ein solches Recht erkennt das Gesetz nur der Obrigkeit (der Feuerpolizei) aus Gründen des öffentlichen Wohles zu:

> Si id magistratus fecisset, dandam esse, privato non esse idem concedendum.

Warum ein solches Recht nicht auch dem einzelnen Eigentümer eingeräumt ist, darüber gibt die allgemeine Regel der l 176 pr. D. de regulis juris 50, 17 Aufschluss:

> Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi.

Demgemäss geht unsere Stelle von der Auffassung aus, dass der Eigentümer, welcher in wahrer (oder vermeintlicher) Brandnot das Nachbargebäude niederreisse, ohne rechtliche Befugnis (concessum), widerrechtlich handle.

Derselbe haftet infolge dessen mit dem interdictum quod vi aut clam in Gemässheit der l 1 § 5 D. 43, 24 quod vi aut clam:

> Vi factum videri Qu. Mucius scripsit, si quis contra quam prohibetur fecerit.

Aber der Streit ist ohne Erfolg:

> Si ignis usque eo pervenisset.

Denn es sagt l 15 § 7 D. h. t. :

> Hoc interdicto tanti lis aestimatur, quanti actoris interest, id opus factum esse. Officio autem judicis ita oportere fieri restitutionem judicandum est, ut in omni causa eadem condicio sit actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi neque clam factum.

Es würde aber die Vermögenslage des Nachbaren dieselbe sein, wenn nicht der bedrohte Eigentümer sondern das Feuer selbst die Zerstörung bewirkt hätte. Der Nachbar hat also (si ignis usque eo pervenisset) durch das eigenmächtige Vorgehen des bedrohten Eigentümers einen Schaden nicht erlitten ; der letztere ist daher vom Ersatze frei zu sprechen (absolvi eum oportere).

Dasselbe ist der Fall, wenn der Eigentümer wegen damnum injuria datum belangt wird. Denn ein damnum des Nachbarn liegt eben dann nicht vor, wenn « ex praesenti statu » ohne Zuthun des Bedrohten das Gebäude in gleicher Weise zerstört sein würde (aeque perituris aedibus). In diesem Falle liegt auch keine « injuria » vor. Letzteres begründet die Stelle nicht näher. Unter injuria im Gegensatz zu damnum kann aber nur die Verschuldung, das « culpa datum » verstanden sein, nicht die objektive Widerrechtlichkeit (das concedendum), wie aus dem oben Gesagten hervor geht.

Warum die culpa fehle, untersucht diese Stelle wohl deshalb, weil sie sich im einzelnen nur mit dem interdictum quod vi aut clam befasst, nicht näher.

Die diesbezügliche Ausführung findet sich im Titel ad legem Aquiliam ; l 49 D. ad legem Aquiliam 9, 2 sagt nämlich :

> Quod dicitur damnum injuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum injuria datum, quod cum damno injuriam attulerit ; nisi magna vi cogente fuerit factum, ut Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit ; nam hic scribit cessare legis Aquiliæ actionem ; justo enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit, et sive pervenit ignis, sive ante extinctus est, existimat, legis Aquiliæ actionem cessare.

Nach dieser Ausführung fehlt also das injuria (i. e. culpa) datum bei dem durch die Feuersnot bedrohten Eigentümer nur deswegen, weil sein Wille unter dem Drucke der Not (magna vi cogente) nicht mehr frei ist, sondern von begründeter Furcht geleitet wird (justo metu ductus).

Mit dieser Stelle steht die in l 3 § 7 D. 47, 10 de incendio mitgeteilte Ansicht Labeo's nicht in Widerspruch, dort heisst es nämlich :

> Quod ait Praetor (i. e. in edicto de incendio) de damno dato, ita demum locum habet, si dolo malo damnum datum sit ; nam si dolus malus absit, cessat edictum. Quemadmodum ergo procedit, quod Labeo scribit, si defendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine et familiæ judicium in me dandum ; quum enim defendarum mearum aedium causa fecerim, utique dolo careo ; puto igitur non esse verum, quod Labeo scribit. An tamen lege Aquilia agi cum hoc possit ? Et non puto agendum ; nec enim injuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset : et ita Celsus scribit.

Denn Labeo geht, wie die von ihm mitgetheilte Formulierung des Falles zeigt, von der Voraussetzung aus, dass der Eigentümer nicht von Furcht (justo metu) geleitet wird. Nach den Worten Labeo's ist nämlich etwa an folgenden Fall gedacht : Ein Eigentümer macht, um sich für alle Fälle zu schützen (defendendi mei causa) des (verhassten) Nachbaren Gebäude, sobald der Brand begonnen hat (orto incendio), mit seinem zahlreichen Gesinde (familia) den Boden gleich (dissipaverim) ; um die Löschungsarbeiten und Löschungsmannschaften kümmert er sich nicht. In einem solchen Falle ist dolus sehr wohl möglich. Dagegen geht der Jurist in der l 3 cit. mit Celsus von der Voraussetzung aus, dass der bedrohte Nachbar sich nicht anders habe helfen können, (qui se tueri voluit, cum alias non posset), also unter dem Drucke der Not gehandelt habe. In solchen Fällen ist allerdings ein dolus ausgeschlossen (utique dolo careo). Dass Labeo da, wo unter dem

Drucke der Not der Wille nicht frei ist, ebenfalls Schuld und Klage ausschliesst, zeigt l 29 § 3 D. 9, 2 ad legem Aquiliam :

> Item Labeo scribit, si quum vi ventorum navis impulsa esset in funes ancorarum alterius et nautae funes praecidissent, si alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. Idemque Labeo et Proculus et circa retium piscatorum, in quae navis piscatorum inciderit, aestimarent. Plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum.

Diese Stelle thut gleichzeitig dar, dass der Notstand nicht dem Bedrohten ein Recht zu seinem Thun giebt, sondern nur einen Entschuldigungsgrund der Klage des Verletzten gegenüber. Diese wird versagt, sofern nicht aus anderen Umständen trotz des Notstandes eine Schuld des Bedrohten zu construieren ist. Dasselbe sagt in wesentlichen auch l 14 D. 19, 5 de praescriptis verbis :

> Qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare projecit, nulla tenetur actione.

Es ist demgemäss anzunehmen, dass nach römischem Rechte der Notstand nicht ein Recht sondern nur einen persönlichen Entschuldigungsgrund giebt.

Das schweizerische Obligationenrecht ist in dieser Lehre dem römischen Rechte nicht gefolgt. Dasselbe hat die Notwehr- und Notstandshandlungen als objektiv widerrechtlich erklärt. Es bestimmt nämlich zunächst Artikel 56 des Gesetzes :

> Bei einer Schädigung, welche durch Notwehr entschuldigt wird, fällt die Ersatzpflicht fort.

Darnach ist also die Notwehrhandlung nicht eine Ausübung des angegriffenen Rechts, sondern objektiv widerrechtlich, aber der Thäter ist entschuldigt, ohne Schuld. Es wird deshalb eine Klage nicht gegen ihn gegeben, die Ersatzpflicht, welche objektiv vorhanden, « fällt fort ». Eine andere Interpretation lassen die klaren Worte des Gesetzes nicht zu. Hätte der Gesetzgeber die Notwehr nicht als Ausnahme von der Regel des Artikels 50 behandeln wollen, so hätte es überhaupt eines besonderen Artikels

nicht bedurft; jedenfalls aber hätte derselbe nicht so, wie er jetzt formuliert ist, lauten können.

Der Artikel 56 bildet die consequente Durchführung der herrschenden Auffassung, dass jede Verletzung (der Rechte oder geschützten Interessen) eines Dritten eine objektive Widerrechtlichkeit enthalte.

Die schweizerische Jurisprudenz hat sich allerdings mit den Worten des Gesetzes nicht befreunden können. Sie sieht in den Notwehrhandlungen trotz des ausgesprochenen Willens des Gesetzgebers nicht eine objektive Widerrechtlichkeit. Infolge dessen wird in der Regel der Artikel 56 nicht als Ausnahme dem Artikel 50 gegenüber, sondern als dessen Ausführung behandelt [1]. Dieses Verfahren halte ich de lege lata für unhaltbar, so sehr ich es de lege ferenda begrüsst hätte.

Unter Notwehr ist dagegen nach dem in der Schweiz üblichen Sprachgebrauch auch die Verteidigung gegen den Angriff eines Thieres oder einer leblosen Gewalt (z. B. Maschine, Feuer) zu verstehen [2]. Es ist damit die Anschauung des römischen Rechtes verworfen, welche nur in dem Thiere den Angreifer sah, nicht in dem, dessen Rechte und Obhut das Thier unterstand. Die schweizerische Auffassung entspricht unserer heutigen Anschauung.

Ein Antrag, auch den Notstand besonders zu erwähnen, wurde dagegen bei Beratung des Gesetzes ausdrücklich abgelehnt. Die Notstandshandlung untersteht infolge dessen der Herrschaft des Artikels 50, nicht der des Artikels 56. Die Notstandshandlung daher hat nach dem im Eingang dieses § Gesagten, für das schweizerische Gesetz aber auch insbesondere, weil sie eine Verletzung des Dritten zur Folge hat, als objektiv widerrechtlich zu gelten. Gegen ihre « Entschuldbarkeit » im schweizerischen Rechte spricht die ausdrückliche Weigerung des Gesetzgebers, ihr die Rechtswohlthat des Artikels 56 zuzugestehen.

[1] Vergl. z. B. *Hafner* Anm. 1 zu Artikel 50, *Rossel*, S. 93 N$^{r}$ 77 sub 1$^{mo}$; dagegen *Fick* und *Schneider*, Anm. zu Artikel 56.
[2] Vergl. *Fick* und *Schneider* Anm. zu Artikel 56.

Ueber den Standpunkt des deutschen Entwurfs in der Frage nach der Widerrechtlichkeit der Notwehr- und Notstandshandlungen geben folgende besondere Bestimmungen des Entwurfs Auskunft:

§ 186: Eine unerlaubte Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch Notwehr geboten war.

Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Anderen abzuwenden.

§ 187: Eine unerlaubte Handlung ist nicht vorhanden, wenn jemand eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine von dieser Sache drohenden Gefahr von sich oder einem Anderen abzuwenden, sofern die Handlung zur Abwehr der Gefahr erforderlich war und die Gefahr nicht vorsätzlich oder fahrlässig verursacht worden ist.

Diese Artikel liegen bereits in der Gestalt vor [1], welche sie nach den Beschlüssen der mit einer zweiten Lesung des Entwurfs beauftragten Kommission erhalten haben. In diesem Entwurfe zweiter Lesung lauten dieselben:

§ 191 (186): Eine durch Notwehr gebotene Handlung ist nicht widerrechtlich.

Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Anderen abzuwenden;

§ 192 (187): Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem Anderen abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich, wenn die Beschädigung oder Zerstörung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht ausser Verhältnis zu der Gefahr steht. Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadensersatze verpflichtet.

[1] Vergl. z. B. Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 79, S. 124 ff.

Ausserdem hat die mit der zweiten Lesung beauftragte Kommission beschlossen, in das Recht der Schuldverhältnisse als § 705[a] eine Bestimmung folgenden Inhalts einzustellen :

> Die Verpflichtung zum Schadensersatze wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die beschädigende Handlung im Notstande begangen ist. Die Vorschrift des § 191 bleibt unberührt.

Hieraus ergiebt sich zunächst, dass der deutsche Entwurf sowohl in seiner ersten, wie in seiner zweiten Lesung die Notwehr für eine « nicht unerlaubte » Handlung hält, wie der Entwurf in seiner ersten Lesung sich ausdrückte, beziehentlich für eine « nicht widerrechtliche » Handlung, wie es in der zweiten Lesung (wohl im Anschlusse an die Ausdrucksweise des § 704) heisst. Eine nicht unerlaubte beziehentlich nicht widerrechtliche Handlung ist aber erlaubt oder rechtlich. Warum nicht diese einfachen Ausdrücke gewählt sind, ist nicht ersichtlich. Dieselben sind jedenfalls ebenso klar und daher vorzuziehen.

In der Notwehrfrage steht somit der Entwurf in beiden Lesungen prinzipiell auf dem Boden des römischen Rechtes, welcher, wie oben dargethan, der richtige ist. Die zahlreiche zu dem früheren § 186 erschienene Litteratur hat diese Auffassung des Entwurfs auch durchweg gebilligt.

Eine eigentümliche Stellungnahme hat der Entwurf gegenüber denjenigen Handlungen eingenommen, welche das schweizerische Recht als Notwehr gegen Sachen auffasst.

Der Entwurf erklärt zwar eine Beschädigung oder Zerstörung einer bestimmten Sache, um die von dieser drohenden Gefahr von sich oder einem Anderen abzuwenden, für « nicht unerlaubt » beziehentlich « nicht widerrechtlich ». Aber der Entwurf geht nach seinen Motiven davon aus, dass sich solche Fälle weder dem Begriffe der Notwehr, noch des Notstandes unterstellen lassen (Bd. I, S. 349 ff).

Der Begriff der Notwehr soll nach den Motiven jedenfalls bei der Gefährdung durch fremde, leblose Sachen nicht zutreffen,

während bei Gefährdung durch andringende Thiere die Annahme von Notwehr nicht ganz unmöglich erscheine. Worauf sich diese Auffassung, insbesondere die verschiedene Behandlung, etwa eines tollen, mich angreifenden Hundes und einer ohne Führer auf mich zurasenden Lokomotive, im Prinzipe stützt, sagen die Motive nicht. Es wird wohl die Auffassung des römischen Rechtes sein, welche auch hier aushelfen muss. Dieser ist eine Personificierung des Thieres, welches Schaden anrichtet, nicht fremd, wie oben erwähnt. Sie lässt daher auch eine solche Personificierung in der Notwehrfrage nicht als unmöglich erscheinen. Dagegen kennt das römische Recht eine solche Personificierung der leblosen Sachen nicht.

Die Auffassung des römischen Rechtes ist aber unserem heutigen Volksleben fremd. Letzteres geht im Gegenteil von der richtigen Voraussetzung aus, dass demjenigen, dem das Recht über eine Sache zusteht, auch die Pflicht obliegt, Sorge zu tragen, dass diese Sache nicht Dritten zur Gefahr werde. Gegen den Inhaber des Rechts, mag er auch selbst ohne Schuld sein, wendet sich daher derjenige, welcher die von der Sache drohende Gefahr zurückschlägt. Es handelt sich daher in diesen Fällen stets um einen widerrechtlichen Angriff des Dritten durch und in seinen Sachen. Die Motive vermögen dies auch nicht vollständig zu verkennen. Sie erklären nämlich die in Frage stehenden Handlungen deshalb für rechtmässig, weil sie

in Ausübung des Selbstverteidigungsrechtes

erfolgten. « Ausübung » des Selbstverteidigungsrechtes will aber doch in der Sache selbst nichts anderes besagen als « Ausübung » der Notwehr. Denn eine « Verteidigung » setzt stets auch einen Angriff voraus. Es ist dementsprechend der in § 187 der ersten, beziehentlich der in § 192 der zweiten Lesung behandelte Thatbestand dem Notwehrparagraphen unterzuordnen. Es ist alsdann der Inhalt des Notwehrbegriffs für das Gebiet des neuen deutschen Gesetzbuches derselbe, wie für die Schweiz.

Der § 186 der ersten Lesung, beziehentlich der § 191 der

zweiten Lesung enthält nun eine Einschränkung der Notwehr nicht. Dagegen erklären beide Entwürfe die Ausübung des « Selbstverteidigungsrechtes » des § 187 beziehentlich § 192 dann nicht für haftfrei, wenn der Handelnde die « Gefahr » verschuldet hat. Dies hat zur Folge, dass derjenige, der seinen Gegner auf's Aeusserste mit allen möglichen Mitteln z. B. zu einer Verletzung des streitigen, von ihm derzeit besessenen Grundstücks reizt, sich stets der Notwehr ohne alle Verantwortung bedienen kann. Diese Auffassung verkennt, dass auch bei dem rechtswidrigen Angriffe eines Menschen sehr wohl die Schuld wesentlich auf Seiten des schliesslich Angegriffenen liegen kann.

Die für die Verschuldung des Angegriffenen gegebene Bestimmung ist daher auf alle Notwehrhandlungen auszudehnen. Bei Angriff eines Menschen erleidet alsdann der § 222 des Entwurfs über konkurierende Verschuldung naturgemässe Anwendung.

Der § 192 der zweiten Lesung beschränkt weiter das Selbstverteidigungsrecht auf den Fall, dass der Schaden nicht ausser Verhältnis zur Gefahr steht.

Bezüglich des Notwehrrechtes enthalten beide Entwürfe dagegen eine Beschränkung nach dieser Seite nicht. Infolge dessen ergiebt sich für beide das merkwürdige Resultat, dass ich zwar den in Wuth gerathenen Stier meines Nachbaren, der ohne Einhalt mein einfaches Blumenbeet zertritt, nichts zu Leide thun darf, vielmehr Polizeimannschaft u. s. w. requirieren muss, dagegen den in Zorn gerathenen Nachbaren, der von demselben Beginnen nicht abzubringen ist, mit kaltem Blute vor den Kopf schiessen darf. (Vergl. auch § 814 des ersten Entwurfs.) Eine solche schrankenlose Ausübung des Notwehrrechts ist aber nach unserer heutigen Anschauung unsittlich. Das Gesetz hat daher das Notwehr-Recht entsprechend einzuschränken.

Demgemäss hätten die § 186 und 187 der ersten Lesung beziehentlich § 192 und 192 der zweiten Lesung etwa zu lauten :

Eine durch Notwehr gebotene Handlung ist erlaubt.

Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche angemessen

erscheint, um einen gegenwärtigen widerrechtlichen Angriff durch einen Dritten oder dessen Sachen von sich oder einem Anderen abzuwenden.

Hat der Handelnde den Angriff verschuldet, so ist er zum Schadensersatze verpflichtet.

In der Notstandsfrage hat im übrigen der Entwurf in beiden Lesungen unsere Auffassung, dass die Notstandshandlung objektiv widerrechtlich sei, rezipiert. Dies bringt am deutlichsten der § 705[a] der zweiten Lesung zum Ausdrucke. (Vergl. oben S. 65.) Auch die Motive (Bd. I S. 351 und Bd. II S. 729, lassen dies nicht zweifelhaft. Sie sehen die Widerrechtlichkeit allerdings nicht in dem Handeln des Thäters ohne Recht, sondern mit der herrschenden Meinung in der Verletzung der Rechte eines Dritten. Doch hat diese falsche Motivierung keine weitere Bedeutung. Mit Unrecht schliesst dagegen § 705[a] der zweiten Lesung auch die subjektive Entschuldbarkeit beim Notstande aus. Ein solches Vorgehen ist durch nichts begründet.

Die Erörterung der einzelnen Bestimmungen des römischen und schweizerischen Rechts, sowie des deutschen Entwurfs über die sogenannten Notrechte zeigt somit, dass der aufgestellte Begriff der Widerrechtlichkeit auch hier die richtige Grundlage zur Lösung der Schadensersatzfrage bietet [1].

[1] Ich habe geglaubt, mich des Citierens der so mannigfachen und überaus zahlreichen Litteratur, welche in den erörterten Materien zu berücksichtigen war, möglichst enthalten zu sollen. Denn erschöpfende Citate würden die ganze Abhandlung überladen haben.



# INHALTSVERZEICHNIS





